

# اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

بإمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري

المتوفى ١٨٢ هـ

تحقيقه

أحمد فريد المزيدي

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي شرف العلماء بقوله: «هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ»  
وخص المستنبطين منهم بفصل خطابه: «فَسْتَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ» .  
والصلاة والسلام على النبي الأُمي الذي قال: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين» وعلى آله وصحبه نجوم الاهتداء وفقهاء الدين.

وبعد: فإن (اختلاف الأئمة في الفروع رحمة للأمة) وقد اختلف الصحابة -رضي الله عنهم- ومن بعدهم من الفقهاء فيها، ولولا ذلك لضاق الأمر وساد الحرج. وقد أخرج ابن عبد البر في جامع بيان العلم، والخطيب في (الفتاوى والمتفق) كثيراً من الآثار الواردة في ذلك، حتى دون العلماء قديماً وحديثاً، اختلاف الأئمة في كتبهم، لتلايق الخواص في خرق الإجماع والعوام في الحرج. وإن أقدم من صنف في الاختلاف الإمام الأعظم أبو حنيفة، فإنه ألف كتاب «اختلاف الصحابة» ثم صنف تلميذه الكبير الإمام أبو يوسف القاضي كتاب «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» ثم صنف أبو عبد الله محمد بن شجاع الثلجي «اختلاف يعقوب وزفر» ثم صنف الطحاوي «اختلاف الفقهاء» عامة، وابن المنذر «الإشراف في الخلاف» كذلك، وابن جرير «اختلاف الفقهاء» أيضاً إلا أنه جرده عن الدلائل. وأما أبو يوسف فجمع ما اختلف فيه أستاذه خاصة ولم يلتفت إلى اختلاف غيرهما، كسفيان الثوري، وحسن بن صالح، وشريك بن عبد الله، وابن شبرمة وأمثالهم من مجتهد الكوفة، لأنه تفقه عليهما، وغرضه جمع ما استفاد منهما مما اختلفا فيه، ليبين قوله معهما متفقاً مع هذا ومختلفاً مع ذاك مرة وبالعكس مرة أخرى، وليكون ذخيرة وذكرى لمن بعده، وقد رواه عنه صاحبه الإمام الرباني محمد بن الحسن الشيباني، ثم اختصره في جملة ما اختصره من كتبه الحاكم أبو الفضل محمد بن محمد بن أحمد العروزي الشهيد وشرحه الإمام السرخسي في مبسوطه مع باقي كتبه. قال في المجلد (٣٠) من مبسوطه في صفحة (١٢٨): «اعلم أن أبا يوسف كان يختلف إلى ابن أبي ليلى في الابتداء فتعلم بين يديه تسع سنين، ثم تحول<sup>(١)</sup> إلى مجلس أبي حنيفة... قيل: كان سبب تحول أبي يوسف إلى مجلس أبي حنيفة أنه كان تبع ابن أبي ليلى وقد شهد ملاك رجل فلما نشر

---

(١) وهو كبير على الصحيح، ولازمه ثاني عشرة سنة، كما صحت الرواية عنه بذلك من طرق وقضاء ابن أبي ليلى في الدولتين الأموية والعباسية كان طويل الأمد.

السكر أخذ أبو يوسف - رحمه الله - بعضاً فكره له ذلك ابن أبي ليلى وأغلظ له القول وقال: أما علمت أن هذا لا يحل؟ فجاء أبو يوسف إلى أبي حنيفة رحمه الله فسأله عن ذلك فقال: لا بأس بذلك بلغنا أن رسول الله ﷺ كان مع أصحابه في ملك رجل من الأنصار فثر التمر فجعل رسول الله ﷺ يرفع ذلك ويقول لأصحابه: «انتهبوا» وبلغنا أن النبي ﷺ في حجة الوداع لما نحر مائة بدنة أمر بأن يؤخذ له من كل بدنة قطعة ثم قال: «من شاء أن يقطع فليقطع» فهذا ونحوه من الهبة مستحسن شرعاً. فلما تبين له تفاوت ما بينهما تحول إلى مجلس أبي حنيفة. وقيل: كان سبب ذلك أنه كان يناظر زفر رحمه الله وتبين له بالمناظرة معه تفاوت ما بين فقه أبي حنيفة وابن أبي ليلى رحمهما الله فتحول إلى مجلس أبي حنيفة، ثم أحب أن يجمع المسائل التي كان فيها الاختلاف بين أستاذه فجمع هذا التصنيف وأخذ ذلك محمد رحمه الله وروى عنه ذلك، إلا أنه زاد بعض ما كان سماعه من غيره، فأصل التصنيف لأبي يوسف، والتأليف لمحمد رحمة الله عليهما، فعد ذلك من تصنيف محمد، ولهذا ذكره الحاكم رحمه الله في المختصر.

ويعلم من قول السرخسي هذا أن كتاب «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى»<sup>(١)</sup> من أجزاء «الأصل» ولولا ذلك لما اختصره الحاكم في كتابه، وأيضاً يدل عليه شرح السرخسي له وعده من تصانيف محمد، لكن النسخ التي رأيتها من «الأصل» أو رأيت فهارس كتبه من نسخ مكة المكرمة ومصر واستنبول ليس فيها شيء من هذا الكتاب إلا في جزء منه مما في دار الكتب المصرية على ما كتب لي فهرسه فضيلة الأستاذ رضوان محمد رضوان وأرسله إلي من القاهرة، فإن في كتاب الوديعه وكتاب العارية منه ما ذكر فيه من مسائل الوديعه والعارية بعنوان باب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الوديعه وفي العارية، وطلبت منه نسخ البابين فأرسلهما إلي فوجدتهما مثل ما في هذا الكتاب، فلعل بعض نسخ «الأصل» حوته متفرقاً في كل الكتاب لا مجتمعاً في مقام واحد، وأظنه من صنع بعض رواة «الأصل» والله أعلم بحقيقة الحال.

فهذا الكتاب جليل القدر، عظيم الشأن، نادر الوجود. احتج فيه بأحاديث وآثار مرفوعة وموقوفة مسندة ومنقطعة من بلاغاته، فأحبت لجنة إحياء المعارف النعمانية أن

(١) قلت: «نقل السرخسي عنه مصرحاً باسمه في كتابه العظيم المبسوط في هذه المواضع: (٢/ ١٨٧)، (١٠٨/٥)، (١٢٨/٣٠)، وكذلك علاء الدين الكاساني في بدائع الصنائع (١/ ٢٢٠)، (٢٨/٢)، وابن عبد البر في التمهيد (٤/ ٢٧٩).

تنشره فلم نجد له إلا نسخة واحدة في الهند، فارتأت اللجنة أن أسعى في تصحيحه، وشرح بعض غريب لغته، وإيضاح بعض مسائله، وتخريج أحاديثه، وتراجم رجاله، فقامت بهذه المهمة على قدر استطاعتي مع قصر باعي وقلة بضاعتي، مستعيناً بالله تعالى. فصححته بقدر وسعي، وخرجت أحاديثه وعزوتها إلى مخرجيها ما وجدت إلى ذلك سبيلاً، ولا يكلف الله نفساً إلى وسعها، وترجمت رجال أحاديثه ناقلاً من الكتب المشهورة في فن الرجال كتهذيب التهذيب، والخلاصة، وتعجيل المنفعة، ولسان الميزان وغيرها، ولم أترجم للصحابة إلا نادراً لأنهم كلهم عدول مشاهير، ومن ترجمت له من الصحابة إنما ترجمت له في ضمن تراجم أبنائهم للمناسبة أو لعدم شهرتهم، وشرحت غريبه بمدد الكتب الشهيرة في اللغة كالمغرب في مصطلح الفقه، وجمع بحار الأنوار لغريب الحديث وغيرها.

أما ترجمة راوي الكتاب الإمام محمد بن الحسن الشيباني فمن شاء أن يطلع عليه فعليه ببلوغ الأمانى لفضيلة الأستاذ الشيخ محمد زاهد الكوثري حفظه الله فإنه استوعب وأجاد جزاءه الله عن الإسلام والمسلمين خير الجزاء .

وأما ترجمة الإمام الأعظم، وأبي يوسف القاضي مصنف الكتاب فمبسوطة في كتب المناقب، والطبقات، والرجال، والتاريخ، تركناها هنا للاختصار.

وأما ابن أبي ليلى فهو: محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، الأنصاري، الكوفي، الفقيه، قاضي الكوفة، وأحد الأعلام. قال في تهذيب التهذيب: روى الزبير المكي، وعطاء بن أبي رباح، وعطية، وعمرو بن مرة، وسلمة ابن كهيل، والمنهال بن عمرو، وداود بن علي، والأجلح بن عبد الله، وإسماعيل بن أمية، وحميضة بن الشمردل. قلت: والشعبي، والحكم وغيرهم كما في تذكرة الحفاظ، روى عنه ابنه عمران، وقرينه عيسى بن المختار بن عبد الله بن عيسى، وزائدة، وابن جريج، وقيس بن الربيع، وشعبة، والثوري، وعيسى بن يونس، ومحمد بن الربيع، ووكيع، وعلي بن هاشم بن البريد، وعبيد الله بن موسى، وأبو نعيم. قلت: وأبو يوسف القاضي، وعبد الله بن داود الحري، وآخرون. قلت: روى له الأربعة في سننهم، وكان ثقة، صدوقاً. وتكلموا في حفظه فقالوا: شغل بالقضاء فساء حفظه. قال في تهذيب التهذيب: وقال أبو حاتم عن أحمد بن يونس: ذكره زائدة فقال: كان أفقه أهل الدنيا. وقال العجلي: كان فقيهاً، صاحب سنة، صدوقاً جازئ الحديث، وكان عالماً بالقرآن، وكان من أحسب الناس، وكان جميلاً نبيلاً، وأول من استقصاه على الكوفة يوسف بن عمر الثقفي. وقال ابن أبي خيثمة عن يحيى بن معين:

ليس بذلك. وقال أبو زرعة: ليس بأقوى ما يكون. وقال أبو حاتم: محله الصدق، كان سئ الحفظ، شغل بالقضاء فساء حفظه، لا يهتم بشيء من الكذب إنما ينكر عليه كثرة الخطأ، يكتب حديثه ولا يحتج به... الخ.

قال الحافظ ابن حجر: قلت: له ذكر في الأحكام من صحيح البخاري، قال: أول من سأل على كتاب القاضي البينة ابن أبي ليلى وسوار. قال ابن حبان: كان فاحش الخطأ؛ رديء الحفظ، فكثرت المناكير في روايته، تركه أحمد، ويحيى «أي ابن معين» وقال الدارقطني: كان رديء الحفظ، كثير الوهم. وقال ابن جرير الطبري: لا يحتج به. وقال يعقوب بن سفيان: ثقة عدل، في حديثه بعض المقال، لين الحديث عندهم.

وقال صالح بن أحمد عن ابن المديني: كان سئ الحفظ، واهي الحديث. وقال أبو أحمد الحاكم: عامة أحاديثه مقلوبة. وقال الساجي: كان سئ الحفظ لا يعتمد الكذب فكان يمدح في قضائه فأما في الحديث فلم يكن حجة. قال: وكان الثوري يقول: فقهاؤنا ابن أبي ليلى، وابن شبرمة. وقال ابن خزيمة: ليس بالحافظ وإن كان فقيهاً عالماً. قلت: وذكره في تذكرة الحافظ فقال ج ١ ص ١٦٢ «قال أحمد بن يونس: كان ابن أبي ليلى أفته أهل الدنيا. وقال العجلي: كان فقيهاً صدوقاً، صاحب سنة، جائر الحديث، قارئاً، عالماً بالقرآن، قرأ عليه حمزة. وقال أبو زرعة: ليس هو بأقوى ما يكون. وقال أحمد: مضطرب الحديث. قلت: حديثه في وزن الحسن ولا يرتقي إلى الصحة لأنه ليس بالمتقن عندهم ومناقبه كثيرة. مات في شهر رمضان سنة شان وأربعين ومائة. وقال أبو حفص الأبار عنه: قال: دخلت على عطاء فجعل يسألني وكان أصحابه أنكروا ذلك فقال: وما تنكرون؟ هو أعلم مني»

وأبوه عبد الرحمن من كبار التابعين، الثقات الأعلام، ولد لست بقين من خلافة عمر رضي الله عنه. وجده أبو ليلى الأنصاري، يقال اسمه يسار، وقيل بلال، وقيل بليل، وقيل داود، وقيل أوس، وقيل لا يحفظ اسمه. له صحبة، شهد أحدًا وما بعدها. كان من أصحاب علي رضي الله عنه، شهد معه مشاهدته وانتقل إلى الكوفة وقتل بصفين معه، رضي الله عنه.

أبو الوفاء الأفغاني

رئيس لجنة إحياء المعارف النعمانية

٢١ رمضان سنة ١٣٥٧هـ

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال<sup>(١)</sup> محمد بن الحسن عن أبي يوسف قال: إذا أسلم الرجل إلى الخياط ثوباً فخاطه قباء فقال رب الثوب: أمرتك بقميص، وقال الخياط: أمرتني بقباء، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: القول قول رب الثوب وبضمن الخياط قيمة الثوب. وبه نأخذ<sup>(٢)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: القول قول الخياط في ذلك. ولو أن الثوب ضاع من عند الخياط ولم يختلف رب الثوب والخياط في عمله، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: لا ضمان عليه ولا على القصار والصباغ وما أشبه ذلك من العمال إلا فيما جنت أيديهم<sup>(٣)</sup>. وبلغنا عن علي بن أبي

(١) هذه مسائل الإجارة من باب ضمان الأجير المشترك. ولم يذكر في الأصل لفظ الباب، ولم يذكر المحاكم هذه المسائل في مختصره في هذا الكتاب وذكرها السرخسي في مواضع من كتابه.

(٢) قلت: وهو قول محمد أيضاً. قال الإمام السرخسي ج ١٥ ص ٩٦ من مبسوطه «ولو أسلم ثوباً إلى خياط وأمره أن يخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء فلصاحب الثوب أن يضمنه قيمة ثوبه وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سى له» لأنه في أصل الخياطة موافق وفي الهيئة والصفة مخالف الخ ثم ذكر ناقلاً عن المختصر «فإن قال رب الثوب: أمرتك بقميص، وقال الخياط: أمرتني بقباء، فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا». وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: القول قول الخياط لإنكاره الخلاف والضمن. والشافعي يقول إنهما يتحالفان لأنهما اختلفا في المعقود عليه. ولو اختلفا في البذل تحالفاً إذا كان قبل إقامة العمل فكذلك في المعقود عليه. ولكن هذا لا معنى له هنا لأن رب الثوب يدعي عليه ضمان قيمة الثوب والخياط ينكر ذلك ويدعي الأجر ديناً في ذمة رب الثوب، فلا يكون هذا في معنى ما ورد في الأثر بالتحالف فيه مع أن المقصود بالتحالف الفسخ وبعد إقامة العمل لا وجه للفسخ «وإن أقاما البينة فالبينة بينة الخياط» لأنه هو المدعي الإذن في خياطة القباء، والوفاء بالمعقود عليه، وتقرر الأجر في ذمة صاحب الثوب «وإن اختلفا في الأجر فالقول قول رب الثوب» لأنه منكر للزيادة «فالبينة بينة الخياط» لأنها تثبت الزيادة الخ.

(٣) قال السرخسي في مبسوطه ج ١٥ ص ١٠٣ في باب متى يجب للعامل الأجر قال: «وإذا هلك الثوب عند القصار بعد الفراغ من العمل فلا أجر له ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة. وهو قول زفر والحسن بن زياد -رحمهم الله-. وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله-: هو ضامن إلا إذا تلف بأمر لا يمكن الاحتراز عنه» كالحرق الغالب. وكذلك الخلاف في كل أجير كالأجير المشترك في حفظ الثياب وغيره. والمشارك من يستوجب الأجر بالعمل ويعمل لغير واحد، ولهذا يسمى مشتركاً، ولا خلاف أن أجير الواحد لا يكون ضامناً لما تلف في يده من غير صنعه، وهو الذي يستوجب البذل بمقابلة منافع الخ، ثم بين المسألة بالتفصيل مع الدلائل، فمن شاء زيادة الاطلاع فليرجع إليه.

طالب عليه السلام أنه قال: لا ضمان عليهم <sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: هم ضامنون لما هلك عندهم وإن لم تكن أيديهم فيه. قال أبو يوسف: هم ضامنون إلا أن يجيء شيء غالب.

(١) قلت: أخرجه طلحة بن محمد في مسنده من طريق أبي يوسف عن أبي حنيفة عن بشر الكوفي عن محمد بن علي عن أبيه عن علي بن أبي طالب عليه السلام أن النبي ﷺ قال: « لا ضمان على قصار ولا صباغ ولا وشاء » وأخرجه محمد في الآثار عنه عن بشر أو بشير عن أبي جعفر « أن علي بن أبي طالب كان لا يضمن القصار ولا الصباغ ولا الحائك ». وأخرجه الكلاعي من طريق محمد بن خالد الوهبي عن الإمام عن يونس بن محمد عن أبي جعفر محمد بن علي عن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب « أنه كان لا يضمن القصار ولا الصباغ »

### باب الغصب\*

قال أبو يوسف: وإذا اغتصب الرجل الجارية فباعها واعتقها المشتري فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: البيع والعقق فيها باطل لا يجوز، لأنه باع ما لا يملك واعتق ما لا يملك. وهذا نأخذ <sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: عتقه جائز وعلى الغاصب القيمة.

قال: وإذا اشترى الرجل الجارية فوطئها ثم اطلع المشتري على عيب كان بها دلسه البائع له، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: ليس له أن يردها بعد الوطء. وكذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب عليه السلام <sup>(٢)</sup> قال أبو يوسف: ولكنه يقول يرجع عليه بفضل ما بين الصحة

(١) قلت: وهو قول محمد أيضًا كما هو مصرح في المبسوط، وبدأ الحاكم هذا الكتاب في مختصره بهذه المسألة.

(٢) أخرجه الإمام محمد في الآثار\* والحسن بن زياد في مسنده عن الإمام عن الهيثم عن ابن سيرين عن علي بن أبي طالب عليه السلام في الرجل يشتري الجارية فيوطئها ثم يجد بها عيبًا قال: «لا يستطيع ردها ولكنه يرجع بنقصان العيب» قال محمد: وبه نأخذ وكذلك إذا لم يوطئها وحدث بها عيب عنده ثم وجد بها عيبًا دلسه البائع فإنه لا يستطيع ردها ولكنه يرجع بنقصان العيب، إلا أن يشاء البائع أن يأخذها بالعيب الذي حدث عند المشتري. ولا يأخذ للعيب أرشًا ولا للوطء عقراً، فإن شاء ذلك أخذها وأعطاه الثمن كله. وهذا قول أبي حنيفة عليه السلام. وأخرجه ابن خسر عن البلخي عن طريق ابن المقفر، والحسن بن زياد عن الإمام عن الهيثم عن الشعبي عن علي عليه السلام. وأخرجه البيهقي\*\*\* عن يحيى بن سعيد عن جعفر بن محمد «أي الصادق» عن أبيه عن علي بن حسين عن علي عليه السلام ولفظه في رجل اشترى جارية فوطئها فوجد بها عيبًا قال: لزمته ويرد البائع ما بين الصحة والداء، وإن لم يكن وطئها ردها. قال: وكذلك رواه سفيان الثوري وحفص بن غياث عن جعفر بن محمد، وهو مرسل. علي بن حسين لم يدرك جده عليًا. وقد روى عن مسلم بن خالد عن جعفر عن أبيه عن جده عن حسين بن علي عن علي - رضي الله عنهم -، وليس بمحفوظ. قلت: لا بأس به بعد أن رواه الإمام بسند متصل كما ذكرته، والمرسل أيضًا حجة عندنا وعند الأكثر خصوصًا مراسيل مثل الإمام زين العابدين عليه السلام وكفاك به حجة! ومسلم بن خالد الزنجي من رجال أبي داود وابن ماجه، ذكره ابن حبان في الثقات، ووثقه ابن معين وقال الساجي: صدوق، وهو من الفقهاء الأعلام.

\* انظر وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف لسبط ابن الجوزي (ص ٣٩٣، ٣٦٨).

\*\* رواه الشيباني في الحجة (٥١٩/٢)، وفي المبسوط له (١٩٨/٥).

\*\*\* السنن الكبرى (٣٢٢/٥).

والعيب من الثمن<sup>(١)</sup>. وبه نأخذ<sup>(٢)</sup>. وكان ابن ليلي يقول: يردها ويرد معها مهر مثلها<sup>(٣)</sup>. والمهر في قوله يأخذ العشر من قيمتها ونصف العشر فيجعل المهر نصف ذلك. ولو أن المشتري لم يطاء الجارية ولكنه حدث بها عيب عنده لم يكن له أن يردها في قول أبي حنيفة، ولكنه يرجع بفضل ما بين العيب والصحة.

وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يردها ويرد ما نقصها العيب الذي حدث

عنده.

قال: وإذا اشترى الجارية فوطئها فاستحقها رجل ف قضى له بها القاضي، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: على الواطئ مهر مثلها على مثل ما يتزوج به الرجل مثلها يحكم به ذوا عدل ويرجع بالثمن على الذي باعه ولا يرجع بالمهر. وبه نأخذ<sup>(٤)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: على الواطئ المهر، على ما ذكرت لك من قوله، ويرجع على البائع بالثمن والمهر لأنه قد غره منها. قال محمد: وكيف يرجع عليه في قول ابن أبي ليلى بما أحدث وهو الذي وطئ؟ أرايت لو باعه ثوباً فخرقه أو أهلكه فاستحقه رجل وضمنه بالقيمة أليس إنما يرجع على البائع بالثمن وإن كانت القيمة أكثر منه؟

قال: وإذا اشترى الرجلان جارية فوجدا بها عيباً فرضي أحدهما بالعيب ولم يرض الآخر، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: ليس لواحد منهما أن يرد حتى يجتمعا على الرد جميعاً. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لأحدهما أن يرد حصته وإن رضي الآخر بالعيب. وبه نأخذ<sup>(٥)</sup>.

(١) قال في المبسوط ج ١٣ ص ٩٧: قلنا يرجع بحصة العيب من الثمن، لأن الجزء الفائت صار مستحقاً بالعقد للمشتري وقد تعذر تسليمه إليه فيرد حصة من الثمن، لأنه صار مقصوداً بالمنع فيكون له حصة من الثمن، فطريق معرفة ذلك أن يقومها وبها العيب ويقومها ولا عيب بها، فإن كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن، وإن كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن إلا أن يقول البائع: ردها علي فأنا أرضى بذلك فحينئذ يردها، لأن المانع من الرد حقه، وقد زال حين رضي به.

(٢) وهو قول محمد أيضاً أفاده السرخسي في ص ٩٥ ج ١٣

(٣) وفي المبسوط ج ١٣ ص ٩٥ في باب العيوب في البيوع وقال ابن أبي ليلى: يردها بكرًا كانت أو ثيبًا، ويرد معها عقرها عشر قيمتها إن كانت بكرًا أو نصف عشر قيمتها إن كانت ثيبًا. قلت:

وروي ذلك عن عمر وزيد بن ثابت - رضي الله عنهما - أفاده السرخسي بعد ذلك.

(٤) وهو قول محمد كما يفهم من المبسوط.

(٥) قلت: وهو قول محمد أيضاً كما أفاده السرخسي في باب خيار العيب ص ٥٠ ج ١٣.

قال: وإذا اشترى الرجل أرضاً فيها نخل وفيه ثمر ولم يشترط شيئاً، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول <sup>(١)</sup>: الثمر للبائع إلا أن يشترط ذلك المشتري. وكذلك بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه كان يقول: «من اشترى نخلاً له ثمر مؤبرة فثمره للبائع إلا أن يشترط ذلك المشتري، ومن اشترى عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط ذلك المشتري» <sup>(٢)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: الثمرة للمشتري وإن لم يشترط، لأن ثمرة النخل من النخل.

(١) زاد السرخسي النخل للمشتري والثمرة للبائع إلخ.

(٢) أخرجه الإمام محمد في كتاب الآثار عن الإمام عن أبي الزبير عن جابر رفعه: «من باع نخلاً مؤبراً أو عبداً له مال فثمرته والمال للبائع إلا أن يشترط المشتري». وأخرجه الحارثي وابن خسر وطلحة بن محمد وابن المظفر والأشعري والكلاعي أيضاً. وأخرجه الحسن بن زياد أيضاً في مسنده عنه. وأخرجه الحارثي والأشعري والقاضي أبو بكر عنه عن أبي الزبير عن جابر بلفظ: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع نخلاً مؤبراً فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع». وأخرجه أبو يوسف في آثاره بلفظ: «من باع نخلاً مؤبراً أو عبداً فثمر النخل ومال العبد للبائع إلا أن يشترط المبتاع». وأخرجه الشيخان عن ابن عمر بلفظ «من باع نخلاً مؤبراً فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع».

(٣) قال السرخسي: وبه أخذ محمد - رحمه الله -، ثم قال: وقال أبو يوسف: إن اشترى الأرض بحقوقها أو مرافقها دخل الثمار في العقد وإلا لم تدخل. فأما على قول محمد وهو قول أبي حنيفة، لا تدخل الثمار إلا بالتصميم عليها، سواء ذكر الحقوق أو لم يذكر، بمنزلة المبتاع في الأرض. وحكي أن أبا يوسف رحمه الله كان أملى هذه المسألة على أصحابه وكان محمد حاضراً في المجلس فلما ذكر هذا القول قال محمد رحمه الله في نفسه: ليس الأمر كما يقول، فباداه المستملي هنا من يخالفك رحمك الله! فقال: من هو؟ فقال: محمد بن الحسن. فقال أبو يوسف: ما نضع بقول رجل قعد عن العلم! أي ترك الاختلاف إلينا، فسكت محمد ولم يجبه احتراماً له. قلت: ولم يذكر هذا التفصيل هنا في المتن فلعله اختاره بعد تصنيف هذا الكتاب، والله أعلم.

\* رواه البخاري (٧٦٧/٢)، (٧٦٨)، (٨٣٨)، (٩٦٨)، ومسلم (١١٧٢/٣) وابن أبي شيبة في المصنف (٤/٥٠٠)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٦/٤)، وعنصر اختلاف العلماء (٩٥/٣).

## باب الاختلاف في العيب

قال أبو يوسف: وإذا اشترى الرجل من الرجل الجارية أو الدابة أو الثوب أو غير ذلك فوجد المشتري به عيبًا وقال: بعطني وهذا العيب به فأنكر ذلك البائع، فعلى المشتري البينة. فإن لم تكن له بينة فعلى البائع اليمين بالله لقد باعه وما هذا العيب به، فإن قال البائع: أنا أرد اليمين عليه، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا أرد اليمين عليه ولا يحولها<sup>(١)</sup> عن الموضع الذي وضعها رسول الله ﷺ. وبه نأخذ<sup>(٢)</sup>. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول مثل قول أبي حنيفة رحمته، إلا أنه إذا اتهم المدعي رد اليمين عليه فيقال: احلف وردها، فإن أبي أن يحلف لم يقبل منه وقضي عليه.

قال: وإذا باع الرجل بيعًا فبرئ من كل عيب، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: البراءة من كل ذلك جائزة ولا يستطيع المشتري أن يرده بعيب كائناً ما كان. ألا ترى أنه لو أبرأه من الشجاج برئ من كل شجة، ولو أبرأه من القروح برئ من كل قرحة؟ وهذا نأخذ<sup>(٣)</sup>. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يبرأ من ذلك حتى يسمي العيوب كلها بأسمائها، ولم يذكر أن يضع يده عليها<sup>(٤)</sup>.

قال: وإذا اشترى الرجل دابة أو خادماً أو داراً أو ثوباً أو غير ذلك فادعى فيه رجل دعوى، لم يكن للمدعي على دعواه بينة فأراد أن يستحلف المشتري الذي في يديه ذلك المتاع على دعواه، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: اليمين عليه البينة: بالله ما لهذا فيه حق. وهذا نأخذ<sup>(٥)</sup> وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه أن يحلف بالله ما يعلم أن لهذا فيه حقاً.

قال: وإذا اشترى المشتري بيعاً<sup>(٦)</sup> على أن البائع بالخيار شهراً أو على أن المشتري بالخيار شهراً، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: البيع فاسد ولا يكون الخيار فوق ثلاثة أيام. بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه كان يقول: «من اشترى شاة محفلة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام

(١) قوله «ولا يحولها» إلخ أي لا يعتبر تقسيم النبي ﷺ حيث جعل البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

(٢) وهو قول محمد بن الحسن أيضاً.

(٣) وهو قول أبي حنيفة. والمسألة في ص ٩٥ ح ١٣ من مسوط السرخسي.

(٤) وروى أصحاب المناقب في مناظرة جرت بينه وبين الإمام بين يدي منصور الخليفة أنه كان مذهبه: أنه لا يبرأ حتى يضع يده على المعيب ونفاه الإمام أبو يوسف بقوله: ولم يذكر إلخ.

(٥) وهو قول محمد أيضاً كما في المبسوط.

(٦) كذا في الأصل ولعله تصحيف (شيئاً).

إن شاء ردها وردَّ معها صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير<sup>(١)</sup> «محمل الخيار كله على قول رسول الله ﷺ<sup>(٢)</sup>». وكان ابن أبي ليلى يقول: الخيار جائز شهراً كان أو سنة. وبه نأخذ<sup>(٣)</sup>.

قال: وإذا اشترى الرجل بيعاً<sup>(٤)</sup> على أن البائع بالخيار يوماً وقبضه المشتري فهلك عنده، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: المشتري ضامن بالقيمة لأنه أخذه على بيع. وبه نأخذ<sup>(٥)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو أمين في ذلك لا شيء عليه فيه. ولو أن الخيار كان للمشتري فهلك عنده فهو عليه بضمن الذي اشتراه به في قولهما.

قال: وإذا اشترى الرجل الجارية فباع نصفها ولم يبع النصف الآخر ثم وجد بها عيباً قد كان البائع دلّسه له، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يستطيع أن يرد ما بقي منها ولا يرجع بما نقصها العيب، ويقول<sup>(٦)</sup>: رد الجارية كلها كما أخذتها وإلا فلا حق لك. وبه نأخذ<sup>(٧)</sup>. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: يرد ما في يده منها على البائع بقدر ثمنها<sup>(٨)</sup>. وكذلك

(١) أخرجه الحافظ ابن المظفر وابن خسرو من طريقه عن زفر عن الإمام عن الميثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة رحمه الله ولفظه «من اشترى شاة مصرة فهو بالخيار ثلاثة أيام فإن ردها ردَّ معها صاعاً من تمر لا سراء» وأخرجه مسلم هكذا إلا أنه قال: «من ابتاع» وأخرجه الطحاوي من طريق هشام وحبيب عن ابن سيرين. وأخرجه من طريق سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة مثله بلفظ «من ابتاع شاة مصرة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام فإن شاء أمسكها وإن شاء ردها وردَّ معها صاعاً من تمر» وروي هذا الحديث من طرق آخر ولم يذكر فيها لخيار المشتري وقتاً. أخرجه مسلم والبحاري والطحاوي وغيرهم.\*

(٢) قال السرخسي في المبسوط ص ٣٨ ج ١٣ بعدما ذكر الحديث: ففيه دليل جواز اشتراط الخيار في البيع. والمراد خيار الشرط، ولهذا قدره ثلاثة أيام. وذكر التحفيل لبيان السبب الداعي إلى شرط الخيار. والمحفلة: التي اجتمع اللين في ضربها. والمحفل: هو الجمع اهـ أي قال بالخيار حسب ما قدره ﷺ بقوله «ثلاثة أيام».

(٣) وهو قول محمد أيضاً كما في المبسوط ص ٤١ ج ١٣.

(٤) كذا في الأصل ولعله تصحيف شيئاً.

(٥) وهو قول محمد أيضاً. أفاده السرخسي في مبسوطه ص ٤٦ ج ١٣.

(٦) كذا في الأصل يعني يقول له.

(٧) وبه أخذ محمد أيضاً.

(٨) وفي المبسوط ج ١٣ ص ١٠١ وقال ابن أبي ليلى: له ذلك «أي رد ما بقي منها» إلا أن يشاء البائع أن يرد عليه نقصان العيب إلخ.

\* رواه البحاري (٧٥٥/٢)، وأبو عوانة في مسنده (٢٧٩/٣)، وعبد الرزاق في المصنف (١٩٨/٨)، بلفظ (محفلة). ورواه مسلم (١٥٨/٣) وابن أبي شيبة (٤٦٠/٤)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٨، ١٧/٤)، بلفظ (مصرة). ورواه الطحاوي (١٩/١٤)، والبيهقي (٣٢٠/٥) بلفظ (اتباع).

قولهما<sup>(١)</sup> في الثياب وفي كل بيع<sup>(٢)</sup>.  
قال: وإذا اشترى الرجل عبداً واشتراط فيه شرطاً أن يبيعه من فلان أو يهبه لفلان أو على أن يعتقه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: البيع في هذا فاسد. وبه نأخذ<sup>(٣)</sup>. وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه نحو من ذلك<sup>(٤)</sup> وكان ابن أبي ليلى يقول: البيع جائز والشرط باطل.

قال: وإذا كان لرجل على رجل مال من [شئ]<sup>(٥)</sup> بيع فحل المال فأخره عنه إلى أجل آخر، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: تأخيرها جائز وهو إلى الأجل الآخر الذي أخره عنه<sup>(٦)</sup> وبه نأخذ<sup>(٧)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يرجع في ذلك إلا أن يكون ذلك على وجه الصلح منهما.

قال: ولو أن رجلاً كان له على رجل مال فتغيب عنه المطلوب حتى حط<sup>(٨)</sup> عنه بعد ذلك المال على أن يعطيه بعضه ثم ظهر له بعد. فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ما حط عنه من ذلك المال فهو جائز. وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يرجع فيما حط عنه لأنه تغيب عنه<sup>(٩)</sup>

(١) أي قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى.

(٢) وفي بيع بعض الطعام روايتان عن أبي يوسف ومحمد في رواية يرد ما بقي، لأنه لا يضره التبعض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما إذا باع اعتباراً للبعض بالكل، وفي رواية لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة. وأما إذا أكل بعضه ففي رواية عنهما يرجع بنقصان العيب في الكل. لأن الطعام في حكم شيء واحد يرد بعضه بالعيب. وأكل الكل عندما لا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب فأكل البعض أولى، وفي الرواية الأخرى يرد ما بقي ويرجع بنقصان العيب فيما أكله - من المبسوط (ص ١٠٢ ج ١٣).

(٣) وبه أخذ الإمام محمد بن الحسن أيضاً - أفاده السرخسي في مبسوطه (ج ١٣ ص ١٣).

(٤) أخرج الإمام محمد في الآثار عن الإمام عن أبي العطف عن الزهري أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه اشترى جارية من زوجته زينب الثقفية واشترطت عليه أنه إن استغنى عنها فهي أحق بها بثمانها، فلقى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فذكر له فقال: ما يعجنني أن تقرها ولأحد فيها شرط. فرجع عبد الله فردها. قال محمد: وبه نأخذ. كل شرط كان في بيع ليس فيه منفعة للبائع أو المشتري أو للجارية فهو فاسد. وأخرجه الحسن بن زياد أيضاً في مسنده وابن خسر من طريقه. وأخرجه البيهقي في سننه ج ٥ ص ٣٣٦ من طريق مالك عن ابن شهاب (الزهري) عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة أن عبد الله - الحديث.

(٥) زيادة من مبسوط الإمام السرخسي.

(٦) زاد في المبسوط: وليس له أن يرجع عنه.

(٧) وهو قول محمد رحمته الله - أفاده السرخسي.

(٨) وفي المبسوط: حتى حط الطالب بعضه ثم ظهر لم يكن له أن يرجع فيما حط عنه.

(٩) ونسخة المبسوط: لأنه كان مضطراً في هذا الحط.

ولو أن الطالب قال: إن طهر لي فله مما عليه كذا وكذا، لم يكن قوله هذا يوجب عليه شيئاً في قولهم جميعاً.

قال: وإذا باع الرجل الرجل بيعاً إلى العطاء<sup>(٢)</sup>، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول في ذلك: البيع فاسد. وكان ابن أبي ليلى يقول: البيع جائز والمال حال. وكذلك قولهما في كل مبيع إلى أجل لا يعرف، فإن استهلكه المشتري فعليه القيمة في قول أبي حنيفة رحمه الله، وإن حدث به عيب رده ورد ما نقصه العيب، وإن كان قائماً بعينه فقال المشتري: لا أريد الأجل وأنا أنقد لك المال، جاز ذلك له في هذا كله في قول أبي حنيفة. وبه نأخذ<sup>(٣)</sup>.

### باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها\*

قال أبو يوسف: وإذا اشترى الرجل شراً قبل أن يبلغ من أصناف الغلة كلها<sup>(٤)</sup>، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: إذا لم يشترط ترك ذلك الثمر إلى أن يبلغ فإن البيع جائز، ألا ترى أنه لو اشترى قصيلاً<sup>(٥)</sup> يقصله على دوابه قبل أن يبلغ كان ذلك جائزاً؟

قال: ولو اشترى شيئاً من الطلع<sup>(٦)</sup> حين يخرج فقطعه كان جائزاً.

وإذا اشتراه ولم يشترط تركه فعليه أن يقطعه، فإذا استأذن صاحبه في تركه فأذن له في ذلك فلا بأس بذلك، وبه نأخذ<sup>(٧)</sup>. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا خير في بيع شيء من ذلك حتى يبلغ، ولا بأس<sup>(٨)</sup> إذا اشترى شيئاً من ذلك قد بلغ أن يشترط على

(١) لم يذكر السرخسي خلافاً في هذه المسألة.

(٢) وفي المبسوط ص ٢٧ ح ١٣: وإن اشترى الرجل شيئاً إلى الحصاد أو إلى الدياس أو إلى العطاء أو إلى جذاذ النخل أو رجوع الحجاج، فهذا كله باطل. بلغنا نحو ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) وهو قول محمد رحمه الله.

(٤) وفي المبسوط من أصناف الثمار كلها.

(٥) قال في المغرب: القصل: قطع الشيء، ومنه: القصيل وهو الشعير يجز أخضر لعلف الدواب. والقفاء يسمون الزرع قبل إدراكه قصيلاً وهو مجاز.

(٦) الطلع: ما يطلع من النخلة وهو الكم قبل أن ينشق. وأطلع النخل: خرج طلع. والكم بالكسر والضم: غلاف الثمرة - مغرب.

(٧) وبه أخذ محمد بن الحسن - أفاده السرخسي.

(٨) وغير في المبسوط عن هذه المسألة باللفظ الآتي: فإن كانت الثمار قد بلغت يعني انتهى عظمها فاشتراها بشرط الترك إلى أجل معلوم، فالعقد فاسد عندنا. وقال ابن أبي ليلى: العقد صحيح.

النائع تركه إلى أجل. وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول: لا خير في هذا الشرط.

قال: وإذا اشترى الرجل أرضاً فيها نخل فيها حمل فلم يذكر النخل ولا الحمل، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: النخل للمشتري تبعاً للأرض، والثمرة للبائع إلا أن يشترط المشتري. بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من اشترى نخلاً مؤبراً فثمرته للبائع إلا أن يستثنيه المشتري»<sup>(١)</sup>. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: الثمرة للمشتري<sup>(٢)</sup>.

قال: وإذا اشترى الرجل مائة ذراع مكسرة<sup>(٣)</sup> من دار غير مقسومة أو عشرة أجربة<sup>(٤)</sup> من أرض غير مقسومة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول في ذلك كله: البيع باطل، ولا يجوز لأنه لا يعلم ما اشترى كم هو من الدار، وكم هو من الأرض، وأين موضعه من الدار والأرض. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: هو جائز في البيع. وبه نأخذ<sup>(٥)</sup>. وإن كانت الدار لا تكون مائة ذراع، فالمشتري بالخيار إن شاء ردها، وإن شاء رجع بما نقصت الدار على البائع<sup>(٦)</sup> في قول ابن أبي ليلى.

(١) وقد مر الحديث قبل ذلك ومر تخريجه.

(٢) هذه المسألة مكررة، وقد مرت في أول الكتاب ليس بينهما فرق إلا في بعض الألفاظ.

(٣) قال الإمام السرخسي: المكسرة: المعروفة من الذراع بين الناس، سميت مكسرة لأنها كسرت من ذراع الملك قبضة.

(٤) الأجرة جمع الجرب وهو ستون ذراعاً في ستين. قال قدامة في كتاب الخراج الأشد إذا ضرب في مثله فهو الجرب. والأشد طول ستين ذراعاً والذراع ست قبضات، والقبضة أربع أصابع، قال: وعشر هذا الجرب يسمى قفيزاً، وعشر هذا القفيز عشيراً فالقفيز عشرة أعشاء، وهي خمسة وعشرون رطلاً - مغرب.

(٥) وبه أخذ الإمام الرباني محمد بن الحسن الشيباني. أنفاده في المبسوط.

(٦) قال الإمام السرخسي في مبسوطه (ج ٣٠ ص ١٣٦) ثم إذا جاز العقد عندهم فإن كانت مائة ذراع فهي للمشتري، وإن كانت مائتي ذراع فالمشتري يكون شريكاً بقدر مائة ذراع، وإن كانت دون مائة ذراع فالمشتري أن يردها إن شاء لتغيير شرط العقد عليه وإن شاء أخذها بحصتها من الثمن لأنه سعى جملة الثمن بمقابلة مائة ذراع، فإذا لم يسلم له إلا خسون ذراعاً لم يكن عليه إلا نصف الثمن. وهذا بخلاف ما لو اشترى الأرض على أنها مائة ذراع فوجدها خسين ذراعاً واختار أخذها لزمه جميع الثمن. لأن هناك الثمن بمقابلة العين، وذكر الذراع على وجه بيان الصفة، وهنا الثمن بمقابلة ما سعى من الذراع هنا لبيان مقدار المفقود عليه، فإذا لم يسلم له إلا نصف المسمى لا يلزمه إلا نصف الثمن، كما لو اشترى عشرة أقدرة حطة فوجدها خمسة أقدرة.



## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

بالنسبة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو جائز<sup>(١)</sup>، وبه نأخذ<sup>(٢)</sup>، وكان ابن أبي ليلى يقول: البيع جائز والمأمور ضامن لقيمة المتاع حتى يدفعه لرب المتاع، فإذا خرج الثمن من عند المشتري وفيه فضل عن القيمة، فإنه يرد ذلك الفضل على رب المتاع، وإن كان أقل من القيمة لم يضمن غير القيمة الماضية، ولم يرجع البائع على رب المتاع بشيء، والله تعالى أعلم.

قال: وإذا اختلف البيعان فقال البائع: بعثك وأنا بالخيار، وقال المشتري: بعثني ولم يكن لك خيار، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: القول قول البائع مع يمينه<sup>(٣)</sup>، وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: القول قول المشتري. وبه نأخذ.

قال: وإذا باع الرجل جارية بجزية وقبض كل واحد منهما ثم وجد أحدهما بالجارية التي قبض عيًّا، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يردها ويأخذ جاريته لأن البيع قد انتقض. وبه نأخذ<sup>(٤)</sup>، وكان ابن أبي ليلى -رحمه الله- يقول: يردها ويأخذ قيمتها صحيحة، وكذلك قولهما في جميع الرقيق والحیوان والعروض.

قال: وإذا اشترى الرجل بيعًا<sup>(٥)</sup> لغيره بأمره فوجد به عيًّا، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يخاصم المشتري ولا نبالي أحضر الأمر أم لا، ولا نكلف المشتري أن يحضر الأمر، ولا نرى على المشتري يمينًا إن قال البائع [إن]<sup>(٦)</sup> الأمر قد رضي بالعيب. وبه نأخذ<sup>(٧)</sup>، وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يستطيع المشتري أن يرد السلعة التي بها العيب حتى يحضر الأمر فيحلف ما رضي بالعيب، ولو كان غائبًا بغير ذلك البلد. وكذلك الرجل معه مال مضاربة أتى بلادًا يتجر فيها بذلك المال، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ما اشترى من ذلك فوجد به عيًّا فله أن يرده ولا يستحلف على رضا الأمر بالعيب. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يستطيع المشتري المضارب أن يرد شيئًا من ذلك حتى يحضر

(١) زاد في المبسوط: ولا ضمان على البائع.

(٢) وهو قول الإمام محمد أيضًا - أفاده في المبسوط.

(٣) كذا هنا وفي باب الخيار في البيع من المبسوط خلاف هذه المسألة قال: «وإذا اختلف البائع والمشتري في اشتراط الخيار فالقول قول الذي ينفيه منهما» فالنابي هنا هو المشتري دون البائع، ولم تذكر هذه المسألة في كتاب الاختلاف من المبسوط، والله أعلم.

(٤) وهو قول محمد أيضًا كما في المبسوط.

(٥) وفي المبسوط ذكرت هذه المسألة في (ص ١٢٠ ج ١٣) وفرض المسألة في جارية.

(٦) زيادة من المبسوط.

(٧) وبه أخذ صاحبه أيضًا.

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ١٠٩

رب المال فيحلف بالله ما رضي بالعيب وإن لم ير المتاع وإن كان عائثاً، أرايت<sup>(١)</sup> رجلاً أمر رجلاً فباع له متاعاً أو سلعة فوجد المشتري به عيباً أيخاصم البائع في ذلك أو نكلفه أن يحضر الأمر رب المتاع؟ ألا ترى أن خصمه في هذا البائع ولا نكلفه أن يحضر الأمر ولا خصومة بينه وبينه، فكذلك إذا أمره فاشترى له فهو مثل أمره بالبيع، أرايت لو اشترى متاعاً ولم يره أكان للمشتري الخيار إذا رآه أم لا يكون له خيار حتى يحضر الأمر؟ أرايت لو اشترى عبداً فوجده أما كان له أن يرده بهذا حتى يخصص الأمر؟ بلى له أن يرده ولا يحضره الأمر.

قال: وإذا باع الرجل ثوباً مربحة على شيء مسمى فباع المشتري الثوب ثم وجد البائع قد خانه في المربحة وزاد عليه في المربحة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: البيع جائز لأنه قد باع الثوب، ولو كان عنده الثوب كان له أن يرده ويأخذ ما نقد إن شاء ولا يحطه شيئاً. وكان ابن أبي ليلى يقول: تحط عنه تلك الخيانة وحصلتها من الربح. وبه نأخذ.

قال: وإذا اشترى الرجل للرجل سلعة فظهر فيها عيب<sup>(٢)</sup> قبل أن ينقد الثمن، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: له أن يردها إن أقام البينة على العيب. وبه نأخذ<sup>(٣)</sup>. وكان ابن أبي ليلى - رحمه الله - يقول: لا أقبل شهوداً<sup>(٤)</sup> على العيب حتى ينقد الثمن.

قال: وإذا باع الرجل على ابنه وهو كبير داراً أو متاعاً من غير حاجة ولا عذر، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ولا يجوز ذلك على ابنه. وبه نأخذ<sup>(٥)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: يبعه عليه جائز.

قال: وإذا باع الرجل متاعاً لرجل والرجل حاضر ساكت، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يجوز ذلك عليه، وليس سكوته إقراراً بالبيع. وبه نأخذ<sup>(٦)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: سكوته إقرار بالبيع.

(١) هذه الحجج حجاج للإمام أبي حنيفة أوردها على ابن أبي ليلى إما أبو يوسف أو محمد، مستنطقاً، والله أعلم، من الكتاب قبل قوله «أرايت» شيء نحو قال محمد وكيف يقول ابن أبي ليلى: لا يستطيع المشتري أن يرد السلعة أرايت إلخ فإذا قدر مثل هذه العارة يستقيم سياق العارة. بل ربما يكون سرد تلك الحجج من الإمام أبي حنيفة نفسه، كما سيأتي نظير لذلك. والله أعلم.

(٢) وفي نسخة المبسوط فطعن فيها بهيب.

(٣) وهو قول محمد - أفاده السرخسي.

(٤) وفي نسخة المبسوط: لا تقبل شهادة شهود.

(٥) وبه أخذ محمد أيضاً.

(٦) وبه قال محمد.

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا باع الرجل نصيبًا من داره ولم يسم ثلثًا أو ربعًا أو نحو ذلك أو كذا وكذا سهمًا، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يجوز البيع على هذا الوجه. وقال أبو يوسف رحمه الله:- له الخيار إذا علم إن شاء أخذ وإن شاء ترك <sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: إذا كانت الدار بين اثنين أو ثلاثة أجزت بيع النصيب وإن لم يسم، وإن كانت أسهما كثيرة <sup>(٢)</sup> لم يجز حتى يسمي.

قال: وإذا ختم الرجل على شراء، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ليس ذلك بتسليم للبيع حتى يقول: سلمت. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: ذلك تسليم للبيع.

قال: وإذا بيع الرقيق والمتاع في عسكر الخوارج وهو متاع من متاع المسلمين أو رقيق من رقيقهم <sup>(٣)</sup> قد غلبوهم عليه، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يجوز <sup>(٤)</sup> ويرد على أهله وبه نأخذ <sup>(٥)</sup>. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: هو جائز. وإن كان المتاع قائمًا بعينه والرقيق قائمًا بعينه وقتل الخوارج قبل أن يبيعوه رد على أهله في قولهم جميعًا.

قال: وإذا باع الرجل المسلم الدابة من النصراني فادعاه نصراني آخر <sup>(٦)</sup> وأقام عليها بينة من النصراني، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا تجوز شهادتهم، من قبل أنه يرجع بذلك على المسلم <sup>(٧)</sup> وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: شهادتهم جائزة على النصراني ولا يرجع على المسلم بشيء. وبه نأخذ <sup>(٨)</sup>.

قال: وإذا باع الرجل بيعًا من بعض ورثته وهو مريض، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يجوز بيعه ذلك إذا مات من مرضه. وكان ابن أبي ليلى يقول: يبيعه جائز

(١) قال الإمام السرخسي: فقد بينا هذه المسألة بوجوهها في آخر الشفعة ولكن هنا ذكر قول أبي حنيفة وحده، وأن البيع جائز إن لم يعلم المشتري بنصيب البائع وله الخيار إذا علم به، وذكر هناك قول محمد مع أبي يوسف، فعن محمد فيه روايتان. قلت: ومسألة الشفعة في ص ١٨٣ ج ١٤ وقال هناك: قول محمد مضطرب فيه، ذكره في بعض النسخ مع أبي يوسف وفي البعض مع أبي حنيفة.

(٢) وفي المبسوط: سهامًا كثيرة.

(٣) وفي المبسوط وذلك من مال أهل العدل.

(٤) وفي المبسوط لم يجز البيع.

(٥) أي وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد أيضًا.

(٦) وفي نسخة المبسوط: فاستحقها نصراني من يد المشتري بينة من النصراني.

(٧) وهو قول محمد أيضًا.

(٨) قال الإمام السرخسي: وقد بينا خلاف أبي يوسف في هذه المسألة في كتاب الشهادات، وقول ابن أبي ليلى كقول أبي يوسف.

قال: وإذا استهلك الرجل مالا لولده وولده كبير والرجل عني، فإن أبا حنيفة رحم كان يقول: هو دين على الأب. وبه نأخذ <sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يكون له دين على أبيه، وما استهلك أبوه من شيء لابنه فلا ضمان عليه فيه.

قال: وإذا اشترى رجل جارية بعبد وزاد معها مائة درهم ثم وجد بالعبد عينا وقد ماتت الجارية عند المشتري، فإن أبا حنيفة رحم كان يقول: يرد العبد ويأخذ منه مائة درهم وقيمة الجارية صحيحة، فإن كانت الجارية هي التي وجد بها العيب وقد مات العبد، ردت الجارية وقسم قيمة العبد على المائة الدرهم على قيمة الجارية فيكون له ما أصاب المائة الدرهم ويرد ما أصاب قيمة الجارية من قيمة العبد. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا: إن وجد بالعبد عينا رده وأخذ قيمته صحيحا. وكذلك الدراهم التي هي في يديه <sup>(٢)</sup>.

قال: وإذا اشترى الرجل ثوبين من رجل وقبضهما فهلك أحدهما ووجد بالثوب الآخر عينا فأراد رده فاختلفا في قيمة الهالك، فإن أبا حنيفة رحم كان يقول: القول قول البائع مع يمينه. وبه نأخذ <sup>(٣)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: القول قول المشتري.

### باب المضاربة\*

قال أبو يوسف رحم: وإذا أعطى الرجل الرجل ثوبا يبيعه على أن ما كان فيه من ربح فينبهما نصفان، أو أعطاه دارا يئنها ويؤاجرها على أن أجزتها بينهما نصفان، فإن أبا حنيفة رحم كان يقول في ذلك كله: فاسد، وللذي باع أجر مثله على رب الثوب ولاني الدار أجر مثله على رب الدار. وبه نأخذ <sup>(٤)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو جائز والأجر والربح بينهما نصفان. وكان ابن أبي ليلى يجعل هذا بمنزلة الأرض للمزارعة والنخل للمعاملة.

قال: وإذا كان مع الرجل مال مضاربة فأدانه ولم يأمره بذلك رب المال ولم يسه،

(١) وبه قال محمد أيضا.

(٢) وفي المبسوط: وكانت الدراهم للذي في يديه.

(٣) وبه يأخذ الإمام محمد أيضا.

(٤) وهو قول محمد أيضا. وهي مسألة باب المضاربة بالمعروض، نظيرها في (ص ٣٥ ح ٢٢) من المبسوط.

\* انظر المبسوط للسرخسي (٣٣/٢٢)، والجامع الصغير للشيباني (ص ٤٢٥)، والمحجة له (٢٠/٣).



## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

٤٠٥

الرحمن بن يعقوب<sup>(١)</sup> عن أبيه<sup>(٢)</sup> أن عثمان بن عفان رضي الله عنه أعطى مالا مقارضة يعني مضاربة<sup>(٣)</sup>. حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أعطى زيد بن خليفة<sup>(٤)</sup> مالا مقارضة<sup>(٥)</sup>.

(١) هو العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب الحرقلي، أبو شبل المدني مولى الحرقفة من جبهة. روى عن أبيه وابن عمر وأنس وأبي السائب ونعيم المجر وسالم بن عبد الله بن عمر وغيرهم، وعنه ابنه شبل وابن جريج وعبيد الله بن عمر وابن إسحاق ومالك ومسلم الرجي وشعبة والسفيان وغيرهم. روى له الخمسة والبخاري في جرثه. ذكره ابن حبان في الثقات. وقال الواقدي: كان ثقة، كثير الحديث. وقال النسائي: ليس به بأس، وكذلك روى عن ابن معين، مات سنة ١٣٩ - من التهذيب.

(٢) هو عبد الرحمن بن يعقوب الجهنني المدني. روى عن أبيه وأبي هريرة وأبي سعيد وابن عباس وابن عمر وهانئ مولى علي، وعنه ابنه العلاء وسالم أبو النصر ومحمد بن إبراهيم التيمي ومحمد بن عجلان ومحمد بن عمرو بن علقمة وعمر بن حفص بن دكان، ذكره ابن حبان في الثقات. وقال المحلي: تابعي، ثقة. أخرج له الخمسة والبخاري في جزء القراءة. قلت: أبوه يعقوب روى عن عمر وحذيفة، وعنه ابنه والوليد بن الوليد - من التهذيب.

(٣) أخرجه الإمام محمد أيضاً في كتاب المضاربة من «الأصل». وأخرجه مالك أيضاً في الموطأ عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن جده أنه عمل في مال لعثمان بن عفان عن أن الربيع بينهما. قلت: فلعلم منه أن واسطة جده سقطت هنا. وجده يعقوب هو الذي عمل نسيباً عثمان رضي الله عنه. وكذلك أخرجه البيهقي.

(٤) زيد بن خليفة الشكري ذكره ابن حبان في الثقات. وقال البخاري في تاريخه هو والد محمد. قال الشعبي: حدثني زيد بن خليفة أنه لقي هرم بن حبان العبدي وابن مسعود رضي الله عنهما.

(٥) وأخرجه هو في آثاره أيضاً والإمام محمد أيضاً في المضاربة من «الأصل» وابن خسر في مسنده من طريق الحسن بن زياد عنه مفصلاً.



### باب الشفعة \*

قال أبو يوسف رحمته الله: إذا تزوجت امرأة على شقص من دار، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا شفعة في ذلك لأحد. وبه نأخذ <sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: للشفعة الشفعة بالقيمة وتأخذ المرأة قيمة ذلك منه. وقال أبو حنيفة رحمته الله: كيف يكون ذلك وليس هذا شراء يكون فيه شفعة إنما هذا نكاح؟ أرأيت لو طلقها قبل أن يدخلها كمن نكحها منها، وبم يأخذ بالقيمة أو بالمهر؟ وكذلك إذا اختلعت بشقص من دار في قولها حيفا. قال أبو يوسف: وإذا اشترى الرجل داراً وبني فيها بناء ثم جاء الشفيع يطلبها بالشفعة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يأخذ الشفيع الدار ويأخذ صاحب البناء النقص. وبه نأخذ <sup>(٢)</sup>.

ترفع بيان الموضع وذكر الوزن بخلاف النوى الذي في التمر والمتارعة لا تحري في نزع ذلك، وكذلك العظم الذي في الآلية. وعلى هذا الطريق إذا أسلم في لحم منزوع العظم يجوز عد أبي حنيفة وهو اختيار ابن شجاع، والطريق الآخر أن اللحم يشتمل على السمن والهزال، ومقاصد الناس في ذلك مختلفة، وذلك يختلف باختلاف فصول السنة، وبقلة الكلاً وبكثرة الكلاً، والسلم لا يكون إلا موجلاً فلا يدري أعند حلول الحول على أي صفة تكون؟ وهذه الجهالة لا ترتفع بذكر الوصف فكان السلم في اللحم بمنزلة السلم في الحيوان وبه فارق الاستقراض. فأنقض لا يكون إلا حالاً، وفي الحال صفة السمن والهزال معلومة، وبخلاف الشحم والآلية فالتفاوت فيها من حيث القلة والكثرة، وبذكر الوزن يزول ذلك وعلى هذا الطريق منزوع العظم (وعيره) سواء وهو الأصح.

- (١) وهو قول محمد أيضاً. والمسألة في باب المهور من كتاب النكاح من مبسوط السرخسي ج ٥ ص ٧٨ قال: وعندنا وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال مطلق، والبصع ليس بمال مطلق فكان المملوك صداقاً بمنزلة الموهوب فلا تجب فيها الشفعة. وهذا لأن الشفيع إنما يملك بمثل السبب الذي به ضلک المشتري، فإن الشرع قدم الشفيع على المشتري في إثبات حق الأخذ له بذلك السبب لا في إنشاء سبب آخر، ولهذا لا تجب الشفعة في الموهوب لأنه لو أخذه أخذه بهوض فكان سبباً آخر غير السبب الذي ضلک به المملك، فكذلك هـ المرأة إنما ملكت الدار بالنكاح صداقاً ولو أخذها الشفيع كان شراء فكان سبباً آخر، بخلاف ما إذا اشتراها بعيد فإن الشفيع يأخذها بمثل ذلك السبب لأن الشراء بقيمة العبد بمنزلة الشراء بعين العبد في أنه شراء مطلق.
- (٢) وبه يأخذ صاحبه.

\* انظر: وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف لسبط ابن الجوزي (ص ٥١٩، ٥٢٥) ط العنمية بيروت.

## اختلاف أبي حنيفة وأبن أبي ليلى

وكان ابن أبي ليلى يجعل الدار والبناء للشفيع ويجعل عليه قيمة الساء ومن الدار الذي اشتراها به صاحب البناء وإلا فلا شفعة له<sup>(١)</sup>.  
قال: وإذا اشترى الرجل أرضاً أو داراً، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لصاحب الشفعة الشفعة حين علم، فإن طلب الشفعة وإلا فلا شفعة له. وبه نأخذ<sup>(٢)</sup>.  
وكان ابن أبي ليلى يقول: هو بالخيار ثلاثة أيام بعد علمه.  
قال: وإذا أخذ الرجل الدار بالشفعة من المشتري ونقده الثمن، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: العهدة على المشتري الذي أخذ المال. وبه نأخذ<sup>(٣)</sup>.  
وكان ابن أبي ليلى يقول: العهدة على البائع لأن الشفعة وقعت يوم اشترى المشتري للشفيع.

قال: وإذا كانت الشفعة لليتيم، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: له الشفعة. فإن كان له وصي أخذها بالشفعة، وإن لم يكن له وصي كان على شفيعته إذا أدرك، فإن لم يطلب الوصي الشفعة بعد علمه فليس لليتيم شفيعته إذا أدرك، وكذلك الغلام إذا كان أبوه حياً.

(١) وفي المبسوط: وعلى قول ابن أبي ليلى يأخذ الشفيع الدار والبناء ويعطي الثمن وقيمة البناء إن شاء. وهو رواية عن أبي يوسف.

(٢) قلت: وهو قول محمد أيضاً. والمسألة في كتاب الشفعة من المبسوط (ج ١٤ ص ١١٦-١١٧) قال: واستدل علمائنا في ذلك بقوله رحمته الله: «الشفعة لمن وثبها».

في رواية: «الشفعة كنشطة العقال إن أخذها ثبتت وإلا ذهبت» إلخ. قال: وإذا علم الشفيع بالبيع فلم يطلب مكانه فلا شفعة له وفي هذا اللفظ إشارة إلى أن طلب الشفعة يتوقت بمجلس علم الشفيع به وهو اختيار الكرخي.

وذكر ابن رستم في نوادره عن محمد أنه إذا سكت عن الطلب بعد ما علم بالبيع يبطل شفيعته، وعلى هذا عامة مشايخنا إلا أن هشاماً ذكر في نوادره أنه إذا سكت هنيئة ثم طلب فهو على شفيعته ما لم يتناول سكوته.

وكذلك إن قال كما سمع: سبحان الله، أو قال الله أكبر، أو قال: خلصني الله من فلان، ثم طلب الشفعة، فهو على شفيعته. وكذلك إذا قال: بكم باعها أو متى باعها أو متى اشتراها، بهذا القدر من الكلام لا تبطل شفيعته، وهو على حقه إذا طلب.

وقال ابن أبي ليلى: إن طالت إلى ثلاثة أيام فله الشفعة. وقال سفيان: له مهلة يوم من حين سمع وقال شريك هو على شفيعته ما لم يبطلها صريحاً أو دلالة، بمنزلة سائر الحقوق المستحقة له.

(٣) وهو قول محمد أيضاً. وهذه المسألة في كتاب الشفعة من مبسوط السرخسي (ج ١٤ ص ١٠١) قال: «وقال ابن أبي ليلى عهدته على البائع في الوجهين جميعاً» أي أخذها من المشتري أو من البائع سواء عنده في العهدة.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى  
وبه نأخذ<sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا شفعة للصغير.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، وهي بعده للشريك الذي قاسم والطريق واحدة بينهما وهي بعده للجاز-للملاصق. وإذا اجتمع الجيران وكان التصاقهم سواء. فهم شركاء في الشفعة<sup>(٢)</sup>.

وكان ابن أبي ليلى يقول بقول أبي حنيفة حتى كتب أبو العباس أمير المؤمنين عليه السلام يأمره أن لا يقضي بالشفعة إلا للشريك الذي لم يقاسم، فأخذ بذلك وكان لا يقضي إلا للشريك الذي لم يقاسم. وهذا قول أهل الحجاز. وكذلك بلغنا عن علي وابن عباس رضي الله عنهم.

قال: وإذا اشترى الرجل الدار وسمى أكثر مما أخذها به فسلم ذلك الشفع ثم علم بعد ذلك أنه أخذها بدون ذلك، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو على شفعتة، لأنه إنما سلم بأكثر من الثمن. وبه نأخذ<sup>(٣)</sup>.

وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول: لا شفعة له لأنه قد سلم ورضي. أخبرنا الحسن بن عمار<sup>(٤)</sup> عن الحكم<sup>(٥)</sup> عن مجاهد<sup>(٦)</sup> عن ابن عباس رضي الله

---

(١) قال السرخسي: وعلى قول محمد وزفر له الشفعة إذا أدرك، وهو قول ابن أبي ليلى. وقد بيهاها في الشفعة.

(٢) وهو قول صاحبيه. والمسألة في ص ٩٤ ج ١٤ من المبسوط. قال: وهذا أي قول علي وابن عباس قول أهل المدينة وليس يأخذ به أهل الكوفة إلا أنه قد رجع إليه ابن أبي ليلى الخ وحن أخذنا يقول عمر.

(٣) هو عبد الله بن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس أبو العباس الملقب بالسفاح الهاشمي العباسي أول خلفاء بني العباس بويع في سنة ١٣٢. ومات بالأنبار سنة ١٣٦ بالحدري وله ٣٢ سنة. ومدة خلافته خمس سنين إلا ثلاثة أشهر - من دول الإسلام.

(٤) وهو قول صاحبه أيضًا. والمسألة في (ص ١٠٥) من شفعة المبسوط (ج ١٤) مبسوط مشروحة مدنية.

(٥) الحسن بن عمار البجلي مولاهم الكوفي أبو محمد قاضي بغداد.

روى عن ابن أبي مليكة والحكم، وعنه السفينان والقطان وخلق.

روى له أبو داود وابن ماجه والبخاري تعليقًا. مات سنة ١٥٣هـ.

(٦) الحكم بن عتيبة بمشاة فوقية ثم تحتية مصغراً الكندي مولاهم، أبو محمد أو أبو عبد الله الكوفي، أحد الأعلام. روى عن أبي جحيفة وعبد الله بن شداد وأبي وائل وابن أبي ليلى وخلق، وعنه منصور والأعمش ومسلم وأبو حنيفة وشعبة وأبو عوانة وكثيرون. قال المعجلي: ثقة ثبت. من فقهاء أصحاب إبراهيم صاحب سنة. مات سنة ١١٥هـ عن خمس وستين سنة. قلت: روى له السنة وغيرهم.

(٧) مجاهد بن جبر بإسكان الموحدة مولى السائب أبو الحجاج المكي المقرئ الإمام المفسر.

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

عنهما وعن الحكم عن يحيى <sup>(١)</sup> عن علي عليه السلام أنهما قالوا: «لا شفعة إلا لشريك لم يقاسم» <sup>(٢)</sup>.

أخبرنا الحجاج بن أرطاة <sup>(٣)</sup>، عن عمرو بن شعيب <sup>(٤)</sup>، عن عمرو بن الشريد <sup>(٥)</sup>، عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ «الجار أحق بسقبة ما كان» <sup>(٦)</sup>.

روى عن ابن عباس وأبي هريرة وجابر وعائشة، وقيل لم يسمع منها. وعنه عكرمة وعطاء وقتادة والحكم وأيوب وخلق، وثقه ابن معين، وأبو زرعة، مات سنة اثنتين أو ثلاث ومائة وهو ساجد. ومولده سنة ٢١هـ. قلت: هو من رواة الصحاح والسنن وغيرها من الكتب. <sup>(١)</sup> هو يحيى بن الحزار العربي الكوفي، لقبه زيان. روى عن علي وأبي بن كعب وابن عباس والحسن بن علي وعائشة وأم سلمة ومسروق وابن أبي ليلى وابن أخي زينب الثقفية. وعنه الحكم وحبيب بن أبي ثابت وعمرو بن مرة وموسى ابن أبي عائشة وغيرهم. وروى له الأربعة ومسلم. قال الجوزجاني: كان غالباً مفرطاً. وقال أبو زرعة والنسائي وأبو حاتم: ثقة، وذكره ابن حبان في الثقات. من التهذيب.

<sup>(٢)</sup> وأخرجه الإمام محمد أيضاً في كتاب الشفعة من «الأصل».

<sup>(٣)</sup> حجاج بن أرطاة أبو أرطاة النحوي الكوفي، قاضي البصرة أحد الأعلام. روى عن يحيى بن أبي كثير ولم يسمع منه والشعبي وعطاء وعكرمة. وعنه منصور شيخه وشعبة وعبد الرزاق. قلت: وأبو يوسف وخلق.

قلت: روى له الخمسة والبخاري في الأدب.

قال أبو حاتم: إذا قال حدثنا فهو صالح لا نرتاب في حفظه وصدقه. مات سنة ١٤٧ - من الخلاصة.

<sup>(٤)</sup> هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص السهمي، أبو إبراهيم المدني، نزيل الطائف.

روى عن أبيه عن جده وطاوس وعن الربيع بنت معوذ وطائفة، وعنه عمرو بن دينار وقتادة والزهري وأيوب وخلق.

قال القطان: إذا روى عن الثقات فهو ثقة يحتج به. أخرج له الأربعة والبخاري في جزء قراءته. مات سنة ١١٨ - خلاصة.

<sup>(٥)</sup> هو عمرو بن الشريد بن سويد الثقفي أبو الوليد الطائفي.

روى عن أبيه وأبي رافع، وعنه إبراهيم بن ميسرة ويكير بن الأشج، وثقه المحلي.

روى له الخمسة والترمذي في الشمائل. قلت: وشريد بن سويد الثقفي شهد بيعة السرصوان، له أحاديث، انفرد له مسلم بحدِيثَيْن. روى عنه ابنه عمرو وأبو سلمة بن عبد الرحمن - من الخلاصة.

<sup>(٦)</sup> أخرجه النسائي وابن ماجه والطحاوي عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن عمرو بن

أخبرنا أبو حنيفة عن أبي أمية <sup>(١)</sup> عن المسور بن مخرمة أو عن سعد بن مالك رضي الله عنهم قال: قال رسول الله ﷺ: «الجار أحق بسقبة» <sup>(٢)</sup>.

الشريد عن أبيه، ولفظه أن رجلاً قال: يا رسول الله أرضي ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا للجار. فقال: «الجار أحق بسقبة ما كان»

وأخرجه البخاري عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع.

(١) هو عبد الكريم بن قيس أبو المخارق أبو أمية الصري المعلم. روى عن أنس وعمر بن سعيد ابن العاص وطاوس وحسان بن بلال وحيان بن جزء وعبد الله بن الحارث ونافع وأبي الربيع المكي، وعنه عطاء وبجاهد وهما من شيوخه ومحمد بن إسحاق وابن جريج وأبو حنيفة وابن أبي ليلى ومالك وحماد بن سلمة والثوري وإسرائيل وشريك وابن عيينة.

روى له البخاري تعليقاً ومسلم متابعاً والترمذي والنسائي وابن ماجه وأبو داود في مسائل أحمد، ضعفوه. مات سنة ١٢٦.

(٢) قلت: وأخرجه الإمام أبو يوسف في آثاره أيضاً عن الإمام عن عبد الكريم عن المسور عن أبي رافع وأخرجه الإمام محمد في كتاب الشفعة من «الأصل» وفي كتاب «الحجة» وفي كتاب «الآثار» أيضاً. وفيه عن رافع، وأخرجه الحسن بن زياد أيضاً عنه في مسنده.

وأخرجه أبو محمد الحارثي في مسنده عن الإمام بطرق كثيرة وبين صوابها من حفظها. وأخرجه الكلاعي من طريق الوهي وطلحة بن محمد والقاضي أبو بكر بن خسرو في مسانيدهم عنه.

قلت: وأخرجه البخاري عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع، وكذلك الطحاوي عن ابن عيينة عن إبراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد قال: أتاني المسور بن مخرمة فوضع يده على أحد مكبي فقال: انطلق بنا إلى سعد، فأتينا سعد ابن أبي وقاص في داره فجاء أبو رافع فقال للمسور: ألا تأمر هذا أن يشتري مني بيتين في داره؟ فقال سعد: والله لا أزيدك على أربعمائة دينار مقطعة أو منجمة. فقال: سبحان الله! لقد أعطيت بهما خمسمائة دينار نقداً، ولولا أنني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الجار أحق بسقبة» ما بعثك.

قلت: واحتلف فيه على الإمام والصحيح ما أخرجه أبو يوسف، ومن أخرج مثله، بين ذلك الحارثي. ورافع مولى سعد، ورافع بن خديج وهم. والسقب: القرب، والصاد لغة، وهما مصدران: سقبت الدار، وصقبت. والصادق: القريب.

ومعنى الحديث: الجار أحق بسقبة: أي أن الجار أحق بالشفعة إذا كان جاراً ملاصقاً. والاء من صلة أحق لا للتسبيب - كذا في المغرب \*.

\* رواه النسائي (٣٢٠/٧)، والشافعي في مسنده (ص ١٨٢)، وابن الجارود في المستقى (ص ١٦٢)، والترمذي (٦٥٢/٣)، والبخاري (٧٨٧/٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٢٤/٤)، والبيهقي (١٠٥/٦)، والدارقطني (٢٢٢/٤)، وأبوداود (٢٨٦/٣)، وابن ماجه (٨٣٣/٢)، وابن حبان (٥٨٣/١١)، وابن أبي شيبة في المصنف (٦٥٢/٤).

## باب المزارعة \*

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا أعطى الرجل الرجل أرضاً مزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع أو أعطى نخلاً أو شجراً معاملة بالنصف، أو أقل من ذلك أو أكثر، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هذا كله باطل <sup>(١)</sup> لأنه استأجره بشيء مجهول.

يقول: أرايت لو لم يخرج من ذلك شيء أليس كان عمله ذلك بغير أجر؟ وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: ذلك كله جائز، بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أعطى خبير بالنصف فكانت كذلك حتى قبض، وخلافة أبي بكر رحمه الله، وعامة خلافة عمر رحمه الله. <sup>(٢)</sup> وبه نأخذ.

وانما قياس هذا عندنا مع الأثر، ألا ترى أن الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة بالنصف، ولا بأس بذلك؟ وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعن عبدالله بن مسعود وعن عثمان بن عفان رضي الله عنهما أنهم أعطوا مالا مضاربة <sup>(٣)</sup>. وبلغنا عن سعد بن أبي وقاص، وعن ابن مسعود رضي الله عنهما أنهما كانا يعطيان أرضهما بالربع

(١) وحجة الإمام حديث جابر «نهي عن المخابرة والمخافلة والمزابنة». أخرجه مسلم وحديث رافع بن خديج عند مسلم وغيره.

وحديث ثابت بن الضحاك «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة وقال: لا بأس بها» أخرجه مسلم.

والمخابرة هي المزارعة ومن شاء زيادة الاطلاع فليراجع مبسوط السرخسي، فإنه أكثر في هذا الباب وجاء فيه بما لا مزيد عليه.

وأخرج أحاديث الباب وأصحاب السنن، والبيهقي واستوعبها.

(٢) قلت: أخرجه الشيخان والترمذي وابن ماجه من حديث ابن عمر، والطحاوي من حديث ابن عمر وابن عباس وجابر رضي الله عنهم، والبيهقي من حديث ابن عمر وابن عباس وأنس رضي الله عنهم.

(٣) وقد مر ما روي عنهم مع تخريج الآثار.

\* انظر: المبسوط للسرخسي (٨٣/٢٣)، وبدائع الصنائع (١٨٠/٦).

\*\* رواه مسلم (١١٧٤/٣، ١١٧٧، ١١٨٤)، والنسائي (٣٧/٧، ٤٨، ٢٦٣، ٢٧٠)، والشافعي في مسنده (ص ١٤٥).

\*\*\* رواه مسلم (١١٨٣/٣، ١١٨٤)، والدارمي (٣٥٠/٢).

\*\*\*\* انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية للحافظ (٢٠٥/٢)، وتلخيص الحبير له (٥٩/٣)، ونصب الراية للزيلعي (١٨٠/٤).

(١) أخرج الطحاوي [١١٤ / ٤] ، عن موسى بن طلحة، قال: أقطع عثمان رضي الله عنه بقرًا من أصحاب النبي ﷺ عبد الله بن مسعود، والزبير بن العوام، وسعد بن مالك، وأسامة، فكان جاري سهم سعد بن مالك وابن مسعود يدفعان أرضهما بالثلث والربع\*. وفي رواية عنه: أقطع عبد الله أرضًا\*\* وأقطع سعدًا أرضًا وأقطع خبابًا\*\*\* أرضًا وأقطع صهيبيًا أرضًا فكلًا جاري كانا يرارعان بالثلث والربع. وأخرج عن عمر بن عبد العزيز أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث يعني بن منية إلى اليمن فأمره أن يعطيهم الأرض البيضاء على أنه إن كان البقر والبدر والحديد من عمر فله الثلثان ولهم الثلث، وإن كان البقر واليذر والحديد منهم فلعمر الشطر ولهم الشطر، وأمره أن يعطيهم النخل والكرم على أن لعمر ثلثين ولهم الثلث. وأخرج عن أبي جعفر محمد بن علي أنه قال: كان أبو بكر الصديق رضي الله عنه يعطي الأرض على الشطر.

\* انظر: الاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب الحنبلي (ص ٤٠، ١٣١، ١٣٣)، ورواه عبد الرزاق في المصنف (٩٩/٨).

\*\* انظر: الاستخراج (ص ١٢٩)

\*\*\* رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٧٢/٦).

## باب الدعوى والصلح

قال أبو يوسف رحمته الله: وإذا ادعى الرجل الدعوى قبل رجل في دار أو دين أو غير ذلك فأنكر ذلك المدعي عليه الدعوى ثم صالحه من الدعوى وهو منكر لذلك، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول في هذا جائز. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى لا يجيز الصلح على الإنكار. وكان أبو حنيفة يقول: كيف لا يجوز هذا وأجوز ما يكون الصلح على الإنكار؟ وإذا وقع الإقرار لم يقع الصلح.

قال: وإذا صالح الرجل الطالب عن المطلوب والمطلوب متغيب، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: الصلح جائز. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: الصلح مردود لأن المطلوب متغيب عن الطالب. وكذلك لو أخر عنه ديناً عليه وهو متغيب كان قولهما جميعاً على ما وصفت لك.

قال: وإذا صالح الرجل الرجل <sup>(١)</sup> أو باع بيعاً أو أقر بدين فأقام البينة أن الطالب أكرهه على ذلك، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ذلك كله جائز ولا أقبل منه بينة أنه أكرهه <sup>(٢)</sup>. وبه نأخذ <sup>(٣)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل البينة على الإكراه وأرد ذلك عليه. وقال أبو يوسف <sup>(٤)</sup>: إذا كان الإكراه في موضع أبطل فيه الدم قبلت البينة على الإكراه. وتفسير ذلك أن رجلاً لو شهر على رجل سيفاً فقال: لتقرن أو لأقتلنك فقال: أقبل منه البينة على الإكراه وأبطل عنه ذلك الإقرار.

(١) زاد السرخسي: عن صلح

(٢) وفي نسخة السرخسي: البينة بأنه أكرهه

(٣) كذا في الأصل والظاهر أنه من سهو الناسخ لأن قول أبي يوسف يأتي بعد، أو اتفق هو معه في صورة واحدة كما بينه السرخسي، واختلف في أخرى فينبه بقوله: وقال أبو يوسف إلخ.

(٤) وفي المصنوع: وقال أبو يوسف ومحمد إلخ. قال وهذه تبني على ما بينا في كتاب الإكراه أن عند أبي حنيفة الإكراه إنما يتحقق من السلطان فإكراه الرعية ليس بإكراه. وعندهما يتحقق الإكراه من يكون قادراً على إيقاع ما هدد به، سلطاناً كان أو غيره، فيقولان الثابت بالبينة بالمعينة ونحو غائباً، أو أكره من عامله على ذلك، لم يمنع نفوذه عند أبي حنيفة وعندهما يمنع نفوذه فذلك إذا ثبت بالبينة إلا أن عندهما إنما تقبل البينة على هذا إذا كان في موضعه بأن يتصور الإكراه من مثله له، وعند ابن أبي ليلى تقبل بينته على ذلك على كل حال لأنه أثبت النسب المطل للعنف وللدفع بصفة اللزوم بالبينة، والثابت بالبينة كالثابت باتفاق الخصم. ولو ساعده الخصم على ذلك بطل الصلح والبيع، فكذا ذلك إذا ثبت بالبينة.

قال: وإذا اختصم الرجلان إلى القاضي فأقر أحدهما بحق صاحبه بعد ما قاما من عند القاضي وقامت عليه بذلك بينة وهو يحدد ذلك، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ذلك جائز، وبه نأخذ <sup>(١)</sup>.

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا إقرار لمن خصم إلا عندي، ولا صلح لهما إلا عندي. قال: وإذا اصطلح الرجلان على حكم يحكم بينهما ففضى بينهما بقضاء مخالف لرأي القاضي فارتفعا إلى ذلك القاضي، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ينبغي لذلك القاضي أن يبطل حكمه ويستقبل الحكم بينهما. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: حكمه عليهما جائز.

(١) وهذا متفق عليه عند علمائنا - أفاده السرخسي.

## باب الصدقة والهبة \*

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا وهبت المرأة لزوجها هبة أو تصدقت أو تركت له من مهرها ثم قالت: أكرهني وجاءت على ذلك بينة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا أقبل بيتها وأمضي عليها ما فعلت من ذلك. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: أقبل بيتها على ذلك وأبطل ما صنعت <sup>(١)</sup>.

قال: وإذا وهب الرجل هبة وقبضها الموهوب له وهي دار فبناها بناء وأعظم النفقة، أو كانت جارية صغيرة فأصلحها أوضعها حتى شبت وأدركت، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يرجع الواهب في شيء من ذلك ولا في كل هبة زادت عند صاحبها خيراً، ألا ترى أنه قد حدث فيها في ملك الموهوبة له شيء لم يكن في ملك الواهب؟ أرايت إن ولدت الجارية ولداً كان للواهب أن يرجع فيه ولم يهبه له ولم يملكه قط؟ وهذا نأخذ <sup>(٢)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يرجع في ذلك كله وفي الولد.

قال: وإذا وهب الرجل جارية لابنه، وابنه كبير وهو في عياله، فإن أبا حنيفة رحمه الله

(١) قلت: روى الإمام محمد في «الأصل» عن علي رحمه الله قال: إذا وهبت المرأة لزوجها هبة فإن شاءت رجعت فيها إذا هي ادعت أنه استكرهها، وإن وهب هو لها شيئاً فليس له أن يرجع في الهبة. قال السرخسي في ابتداء كتاب الهبة من مبسوطه بعدما نقل هذا الأثر: وليس مراده الفرق بينهما في الرجوع بحكم الزوجية وإنما مراده أن الدعوى من المرأة -أنها كانت مكروهة- مسموعة. ومن الزوج لا، لاعتبار الطاهر. فالظاهر أن الزوج يتمكن من إكراه زوجته، والمرأة لا تتمكن من إكراه زوجها. والظاهر أن المرأة تخاف على نفسها من جهة الزوج بما يثبت به الإكراه من الضرب والحبس والزوج لا يخاف ذلك من جهة امرأته، وفيه دليل أن الهبة من المكروه لا تصح لأن شرط صحة الهبة تمام الرضا والإكراه يعدم الرضا. قلت: وهذا دليل ابن أبي ليلى ولم يبين دليل الإمام وصاحبيه ولا مذهبيهم.

(٢) وهي متفق عليها بين علمائنا وهي مذكورة في المبسوط في كتاب الهبة (ج ١٢ ص ٨٣) قال: وهذا إذا كان ما بنى بحيث يعد زيادة، فإن كان لا يعد زيادة كالآري أو يعد نقصاً كالنور في الكاشانة فإنه لا يمنع الرجوع لانعدام المانع وهو زيادة مالية الموهوب بزيادة في عيه. وفي المعرب: الآري: هو المعلف عند العامة، وهو مراد الفقهاء. وتستعار الأواري بالمكان لما يتعد في الحوانيت من تلك الأحياز للحبوب غيرها كما يستعار بحياض الماء في الحمام. والكاشانة: الطرز وقيل: بيت الصيف بالفارسية كالقبطون الصيفي عندنا.



## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

فصار بين الورثة لأنها لم تكن قبضته. وكان إبراهيم يقول: لا تحوز الهبة إلا مقبوضة. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: وإذا كانت الدار بين رجلين وهب أحدهما لصاحبه نصيبه فهذا قبض منه للهبة، وهذه معلومة وهذه جائزة. وإذا وهب الرجلان داراً لرجل فقبضها فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمته الله، ولا يفسد الهبة أنها كانت لاثنتين. وبه نأخذ.

قال: وإذا وهب الرجل للرجل الهبة وقبضها داراً أو أرضاً ثم عوضه بعد ذلك منها عوضاً وقبض الواهب، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ذلك جائز ولا يكون فيه شفعة. وبه نأخذ <sup>(١)</sup>. وليس هذا بمنزلة الشراء. وكان ابن أبي ليلى يقول: هذا بمنزلة الشراء ويأخذ الشفيع بالشفعة بقيمة العوض. ولا يستطيع الواهب أن يرجع في الهبة بعد العوض في قولهما جميعاً.

قال: وإذا وهب الرجل للرجل هبة في مرضه فلم يقبضها الموهوبة له حتى مات الواهب، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: الهبة في هذا باطلة لا تجوز. وبه نأخذ. قال: ولا تكون له وصية إلا أن يكون ذلك في ذكر وصيته <sup>(٢)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: هي جائزة من الثلث. حدثنا الحجاج بن أرطاة عن عطاء بن أبي رباح <sup>(٣)</sup> عن ابن عباس رضي الله

كذلك أخرجه الطحاوي، وقال فيه: بالغابة. وأخرجه عن حفص بن غياث عن الأعمش عن شقيق عن مسروق: كان أبو بكر الصديق قد أعطى عائشة نحلة، فلما مرض قال لها: اجعلي في الميراث. وأخرجه البيهقي من طريق مالك ويونس بن يزيد بسند الموطأ والطحاوي ولفظهما، ومن طريق عبد الله بن عمر عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة، ومن طريق حفظة بن أبي سفيان عن القاسم عن عائشة رضي الله عنها. \*

(١) وهو قول محمد أيضاً. والمسألة في باب الشفعة في الهبة من المجلد (١٤) من المبسوط.

(٢) والمسألة متفق عليها عند أصحابنا وهي في ص ١٠٢ من المجلد ١٢ من المبسوط.

(٣) عطاء بن أبي رباح القرشي مولاهم الجندي اليماني نزيل مكة، أحد الفقهاء والأئمة. روى عن عثمان وعتاب بن أسيد ومرسلاً، وعن أسامة وعائشة وأبي هريرة وأم سلمة وعروة وطائفة. وعنه أيوب وحبيب وجعفر بن محمد وجريز وابن جريج. كان ثقة. عالماً، كثير الحديث، انتهت إليه الفتوى بمكة. وهو من رواة الستة. مات سنة ١١٤.

• رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٨٨/٤)، ومختصر اختلاف العلماء (٤/٢٩٢، ٤٥٢، والبيهقي في الكبرى (١٦٩/٦).

عنهما قال: «لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة» «أحدثنا الأعمش» عن إبراهيم: قال «الصدقة إذا علمت جارت، والهبة لا تجوز إلا مقبوضة»<sup>(١)</sup>. وكان أبو حنيفة يأخذ بقول ابن عباس رضى الله عنهما في الصدقة. وهو قول أبي يوسف<sup>(٢)</sup>.

(١) قال البيهقي: وروينا عن عثمان وابن عمر وابن عباس أنهم قالوا: لا تجوز الصدقة حتى تقضى. وعن معاذ وشريح أنهما كانا لا يجيزانها حتى تقبض. وأخرج عن يحيى بن يعمر عن أبي موسى عن عمر «الإنحال ميراث ما لم يقض» وحديث أبي بكر في نحلة النمر يدل على ذلك.

(٢) هو سليمان بن مهران أبو محمد الكاهلي مولاهم الكوفي، أحد الأعلام الحفاظ والقراء. رأى أنسًا، وروى عن ابن أبي أوفى وعكرمة وزيد بن وهب وأبي وائل وإبراهيم النخعي والتميمي والشعبي وخلق. وعنه أبو إسحاق والحكم من شيوخه وسليمان التيمي من أقرانه وسفيان وشعبة ورائدة ووكيعة وخلق. مات سنة ١٤٨هـ عن أربع وثمانين سنة. قلت: هو من رواة السنة والأئمة الحفاظ العدول.

(٣) إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي أبو عمران الكوفي الفقيه، يرسل كثيرًا، وروى عن علقمة والأسود وهمام بن الحارث وأبي عبيدة بن عبد الله ومسروق وأبي وائل وعائشة أم المؤمنين. وقيل مرسل عنها. وعنه الحكم ومنصور والأعمش وابن عون وزيد وحمام وخلق. وروى له السنة. كان لا يتكلم إلا إذا سئل. قال المغيرة: كنا نهابه كما يهاب الأمير، كان يتوفى الشهرة ولا يجلس إلى الأسطوانة قال ابن معين: مراسيل إبراهيم أحب إلي من مراسيل الشعبي. قال ابن عبد البر: «كل من عرف أنه لا يأخذ إلا عن ثقة فتدليسه ومرسله مقبول، فمراسيل سعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وإبراهيم النخعي عندهم صحاح» وذكر بعد ذلك كلام إبراهيم النخعي الذي أخرجه الترمذي في العلل من جامعه وهو أن الأعمش قال: «قلت لإبراهيم النخعي أسند لي عن عبد الله بن مسعود، فقال إبراهيم: إذا حدثك عن رجل عن عبد الله فهو الذي سميت، وإذا قلت قال عبد الله فهو عن غير واحد عن عبد الله. ثم قال ابن عبد البر: إلى هذا نزع من أصحابنا من زعم أن مرسل الإمام (يعني مالكًا) أولى من مسنده لأن في هذا الخبر ما يدل على أن مراسيل النخعي أقوى من مسانيد، وهو لعمرى كذلك إلا أن إبراهيم ليس بغير على غيره» نقله ابن رجب في شرح علل الترمذي. قال الشعبي: ما ترك إبراهيم بعده أعلمه منه. مات سنة ٩٦ وقيل ٩٥ وولد سنة ٥٠ وقيل ٤٧<sup>(٤)</sup>.

(٤) وأخرجه في الآثار عن الإمام عن حماد عن إبراهيم وعن الإمام عن الهيثم عن شريح مثله.

## باب في الوديعة \*

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا استودع الرجل رجلا وديعة فقال المستودع: أمرتني أن أدفعها إلى فلان فدفعتها إليه، [وقال رب الوديعة: كذبت لم أمرك] <sup>(١)</sup> قال أبو حنيفة رحمه الله: فالقول <sup>(٢)</sup> قول رب الوديعة، والمستودع ضامن. وهذا نأخذ <sup>(٣)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: القول قول المستودع ولا ضمان عليه وعليه اليمين.

قال: وإذا استودع الرجل الرجل وديعة فجاء آخر يدعيها معه، فقال المستودع: لا أدري أيكما استودعني هذه الوديعة؟ وأبى أن يحلف لهما وليس لواحد منهما بينة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يعطيهما تلك الوديعة بينهما نصفين ويضمن لهما أخرى مثلها بينهما، لأنه أئلف ما استودع بحالته <sup>(٤)</sup> ألا ترى أنه لو قال: هذا استودعنيها ثم قال: أخطأت بل هو هذا كان عليه أن يدفع الوديعة إلى الذي أقر له بها أولا ويضمن للآخر مثل ذلك <sup>(٥)</sup>؟ لأن قوله أئلفه، وكذلك الأول إنما أئلفه هو بجعله. وهذا نأخذ <sup>(٦)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول في الأول: ليس عليه شيء والوديعة والمضاربة بينهما نصفان <sup>(٧)</sup>.

قال: وإذا استودع الرجل وديعة فاستودعها المستودع غيره [في غير عياله] <sup>(٨)</sup> فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو ضامن لأنه خالف وهذا نأخذ <sup>(٩)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا ضمان عليه.

(١) زيادة من كتاب الوديعة من «الأصل».

(٢) وفي بعض نسخ «الأصل» في كتاب الوديعة: فإن أبا حنيفة كان يقول القول، والباقي سواء.

(٣) وفي بعض نسخ «الأصل» وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد.

(٤) وفي نسخة بجعله.

(٥) وفي نسخة مثلها.

(٦) وفي نسخة «الأصل» وبه أخذ أبو يوسف ومحمد.

(٧) كذا في الأصل. وفي بعض نسخ كتاب الوديعة من «الأصل»: والوديعة بينهما، وهو الصواب، فلعل لفظ المضاربة أدرجه الناسخ سهواً.

(٨) زيادة من «الأصل»

(٩) وفي بعض نسخ كتاب الوديعة: وبه أخذ أبو يوسف ومحمد وزاد بعده: وقال أبو حنيفة: لا يصح الآخر إن هلك الوديعة عنده. وقال أبو يوسف ومحمد: لرب الوديعة أن يصمن الآخر، فإن ضمنه يرجع على الأول، وإن ضمن الأول لم يرجع على الآخر.

قال: وإذا مات الرجل وعليه دين معروف وقبلة وديعة<sup>(١)</sup> بغير عيناها، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: جميع ما ترك بين الغرماء وصاحب الوديعة بالخصص. وهذا يأخذ<sup>(٢)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو للغرماء وليس لصاحب الوديعة شيء لأن الوديعة شيء مجهول ليس بشيء بعينه<sup>(٣)</sup>. وقال أبو حنيفة: فإن كانت الوديعة بعينها فهي لصاحب الوديعة إذا علم ذلك، وكذلك قال ابن أبي ليلى. حدثنا أبو حنيفة عن حماد<sup>(٤)</sup> عن إبراهيم أنه قال في الرجل يموت وعنده الوديعة وعليه دين: إنهم يتحصون الغرماء وأصحاب الوديعة<sup>(٥)</sup>. حدثنا الحجاج بن أرطاة عن أبي جعفر<sup>(٦)</sup>، وعطاء مثل ذلك. حدثنا الحجاج عن الحكم عن إبراهيم مثله.

(١) وفي نسخة «الأصل» وعنده وديعة.

(٢) وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد - «الأصل».

(٣) وفي بعض نسخ كتاب الوديعة: لأن الوديعة مجهولة وليست بشيء بعينه.

(٤) هو حماد بن أبي سليمان مسلم الأشعري، أبو إساعيل الكوفي الفقيه، روى عن أنس وأبي وائل وإبراهيم الخمي وخلق. وعنه ابنه إساعيل ومغيرة وأبو حنيفة ومسعر وشعبة، وتفقهوا به. روى له الخمسة، والبحاري علق له قوله، وأخرج عنه في الأدب. وثقه السائي وغيره. مات سنة ١٢٥.

(٥) وأخرجه في الآثار أيضاً [ص ١٦٠] ولفظه أنه قال في المضاربة والوديعة والدين سواء في مال الميت يتحصون جميعاً. وأخرجه الإمام محمد أيضاً في آثاره وزاد في آخره: إذا لم تعرفا بأعينهما المضاربة والوديعة. قال: وبه نأخذ، وهو قول أبي حنيفة.

(٦) هو محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب الإمام المشهور بالفاخر أبو جعفر اهشني الملقب. روى عن أبيه وأبي سعيد وجابر وابن عمر وطائفة. وعنه جعفر وانزهرى ومخول بن راشد وخلق. وروى له الستة. قال ابن سعد: ثقة كثير الحديث. توفي سنة ١١٤.

## باب في الرهن \*

قال أبو يوسف: ولو ارتهن الرجل رهناً فوضعه على يدي عدل برضا صاحبه فهلك من عند العدل وقيمته والدين سواء، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: الرهن بما فيه وقد بطل الدين. وبه نأخذ<sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: الدين على الراهن كما هو والرهن من ماله لأنه لم يكن في يدي المرتهن إنما كان موضوعاً على يدي غيره.

قال: وإذا مات الراهن وعليه دين والرهن على يدي عدل، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: المرتهن أحق بهذا الرهن من الغرماء. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: الرهن بين الغرماء والمرتهن بالخصص على قدر أموالهم<sup>(٢)</sup>. وإذا كان الرهن في يدي المرتهن فهو أحق به من الغرماء وقولهما جميعاً فيه واحد.

قال: وإذا رهن الرجل الرجل داراً ثم استحق منها شقص وقد قبضها المرتهن، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: الرهن باطل لا يجوز. وهذا نأخذ<sup>(٣)</sup> حفظي عنه في كل رهن فاسد وقع فاسداً فصاحب المال أحق به حتى يستوفي ماله يباع لدينه. وكان ابن أبي ليلى يقول: ما بقي من الدار فهو رهن بالحق. وقال أبو حنيفة رحمه الله: وكيف يكون ذلك وإنما كان رهنه نصيباً غير مقسوم؟

قال: وإذا وضع الرجل الرهن على يدي عدل وسلطه على بيعه عند محل الأجل ثم مات الراهن، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: للعدل أن يبيع الرهن، ولو كان موت الراهن يبطل بيعه لأبطل الرهن. وبه نأخذ<sup>(٤)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: ليس له أن يبيع وقد بطل الرهن وصار بين الغرماء، وللمسلط أن يبيعه في مرض الراهن ويكون للمرتهن خاصة في قياس قوله.

قال: وإذا ارتهن الرجل داراً ثم أجرها بإذن الراهن، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول:

(١) والمسألة متفق عليها، وهي في كتاب الرهن (ص ٧٧ ج ٢١) من مبسوط السرخسي.

(٢) والمسألة في (ص ٧٨ ج ٢١) من مبسوط السرخسي.

(٣) والمسألة متفق عليها بين أصحابنا وهي في (ص ٧١ ج ٢١) من المبسوط.

(٤) وهو قول محمد أيضاً. والمسألة في ص ٨٠ ج ٢١ من المبسوط.





قال: وإذا وكل الرجل رجلا في شيء فأراد الوكيل أن يوكل بذلك غيره، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ليس له ذلك إلا أن يكون صاحبه أمره أن يوكل بذلك غيره. وبه نأخذ <sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يوكل غيره إذا أراد أن يغيب أو مرض، فأما إذا كان صحيحاً حاضراً فلا. قال أبو حنيفة: وكيف يكون له أن يوكل غيره ولم يرض صاحبه بخصومة غيره وإنما رضي بخصومته؟!

قال: وإذا وكل رجل رجلا بخصومة وأثبت الوكالة عند القاضي ثم أقر على صاحبه الذي وكله أن تلك الخصومة حق لصاحبه الذي يخاصمه أقر به عند القاضي، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: إقراره جائز. قال محمد: وبه نأخذ. وإن أقر عند غير القاضي وشهد عليه الشهود، فإقراره باطل ويخرج من الخصومة. وقال أبو يوسف: إقراره عند القاضي وعند غيره جائز عليه <sup>(٢)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: إقراره باطل.

قال: وإذا وكل رجل رجلا في قصاص أو حد، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا تقبل في ذلك وكالة <sup>(٣)</sup>. وبه نأخذ. وروى أبو يوسف أن أبا حنيفة قال: أقبل من الوكيل البينة في الدعوى في الحد والقصاص ولا أقيم الحد ولا القصاص حتى يحضر المدعي. وقال أبو يوسف: لا أقبل البينة إلا من المدعي ولا أقبل في ذلك وكيلاً. وكان ابن أبي ليلى يقول: تقبل في ذلك الوكالة.

قال: وإذا كانت في يدي رجل دار فادعاه رجل فقال الذي هي في يدي وكلني بها فلان لرجل غائب أقوم له عليها، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا أصدقه إلا أن يأتي على

---

مسلم» فأما على قول أبي حنيفة التوى لا يتحقق لأن التوى أن يهلك عين الشيء أو محله الذي كان قائماً به، والدين لا يتصور هلاكه حقيقة ومحله قائم بعد الإفلاس ببقاء الذمة محلاً صالحاً للالتزام الحقوقي، وإنما يتأخر الاستيفاء بالإفلاس وهذا تأخير يزول ساعة فساعة لأن المال عاد، ورائع، بخلاف ما إذا مات فإن محل الدين خرج من أن يكون صالحاً للالتزام الحقوقي، وإنما يتأخر الاستيفاء في أحكام الدنيا، بخلاف ما لو جحد وحلف، لأن الدين هناك صار تائباً حكماً حتى انقطع طريق الوصول إليه عن بينة أو إقرار الخصم.

(١) وهو قول محمد أيضاً - أفاده السرخسي.

(٢) وهذا قوله الأول ثم رجع فقال: يصح إقراره في مجلس القاضي، وفي غير مجلس القاضي إقراره

باطل. والمسألة في (ص ٤ ج ١٩) من المبسوط.

(٣) قال في المبسوط (ص ٩ ج ١٩): والمراد التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص فإن التوكيل باستيفاء الحدود باطل بالاتفاق.



اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى  
عليه وأقول: أنت أعلم فإن شئت فأعطه وإن شئت فاتركه. ٤٢٧

قال: وإذا وكل الرجل رجلا في شيء، فإن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان يقول: لا تثبت وكالته إلا أن يأتي معه بحصم. وبه نأخذ<sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: نقبل بينته على الوكالة وشتها له وليس معه خصم. وقد كان أبو يوسف رحمه الله إذا جاءه رجل قد عرفه يريد أن يغيب فقال: هذا وكيلي في كل حق لي يخاصم فيه، قل ذلك وأثبت وكالته، وإذا تغيب الخصم وكل له وكيلًا وقضى عليه.

قال: وإذا وكل رجل رجلا بكل قليل وكثير، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: لا يجوز بيعه لأنه لم يوكله بالبيع إلا أن يقول: ما صنعت من شيء فهو جائز. وبه نأخذ<sup>(٢)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا وكله في كل قليل وكثير فباع دارًا أو غير ذلك كان حائزًا قال: وإذا وكلت المرأة وكيلًا بالخصومة وهي حاضرة، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: لا أقبل إلا أن يرضى الخصم. وكان ابن أبي ليلى يقول: نقبل ذلك ونجيزه. وبه نأخذ<sup>(٣)</sup>.

الطالب وأنكر الوكالة رجع على الغريم بماله إلخ. وإن أنكر المطلوب الوكالة فقال الوكيل استحلّفه أنه ما وكلني ليستحلّفه على ذلك فإن حلف برئ وإن نكل عن اليمين قضيت عليه بالمال للوكيل إلخ. ثم ذكر عن الخصاص قال: لا يحلف المطلوب على الوكالة في قول أبي حنيفة، وفي قولهما يحلف على العلم، ثم ذكر دليله ودليلهما.

(١) وهي في (ص ١٠ ج ١٩) من المبسوط.

(٢) والمسألة متفق عليها بين أصحابنا وهي في باب الوكالة في الدين ص ٧٠ ج ١٩ قال: وإذا وكله في كل قليل وكثير هو له فهو وكيل بالحفظ وليس بوكيل في تقاض ولا شراء ولا بيع إلا في قول ابن أبي ليلى رحمه الله فإنه يقول: ظاهر لفظه يتضمن ذلك، فإنه من القليل والكثير الذي له أن يباشره بولايته في ماله. ولكننا نقول: قد عرفنا يقينًا أنه لم يرد بهذا اللفظ جميع ما له أن يفعله، وإنما ثبت بهذا اللفظ القدر المتيقن والمتيقن به هو الحفظ فلا يملك إلا ذلك بمنزلة قوله وكلتك بمالي.

(٣) قال في المبسوط ص ٧ ج ١٩: وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً: للمرأة أن توكل بدينك، بكرًا كانت أو ثيبًا، إذا لم يكن مروعة. وفي قوله الآخر وهو قول محمد: الرجل والمرأة سواء في ذلك لهم التوكيل بغير رضا الخصم إلخ.

## \* باب في الدين

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا كان على الرجل دين وكان عنده وديعة غير معلومة بعينها، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ما ترك الرجل فهو بين الغرماء وأصحاب الوديعة بالخصص، وبه نأخذ<sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: ليس لصاحب الوديعة شيء إلا أن يعرف وديعته بعينها، فتكون له خاصة. وقال أبو حنيفة رحمه الله: هي دين في ماله ما لم يقل قبل الموت: قد هلك، ألا ترى أنه لم يعلم لها سبيلاً ذهبت فيه؟ وكذلك كل مال أصله أمانة. وبه نأخذ.

قال: وإذا أقر الرجل في مرضه الذي مات فيه بدين وعليه دين بشهود في صحته وليس له وفاء، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يبدأ بالدين المعروف الذي في صحته، فإن فضل عنهم شيء كان للذين أقر لهم في المرض بالخصص، ألا ترى أنه حين مرض أنه ليس يملك من ماله شيئاً، ولا تجوز وصيته فيه لما عليه من الدين؟ فكذلك إقراره له. وبه نأخذ<sup>(٢)</sup>. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: هو مصدق فيما أقر به، والذي أقر له في الصحة والمرض سواء.

(١) وفي مبسوط السرخسي في كتاب الوديعة (ص ١٢٩ ج ١١): «وإن مات الرجل وعليه دين وعنده وديعة ومصاراة وبضاعة فإن عرفت بأعيانها فأربأها أحق بها من الغرماء» لأن حق الغرماء بعد موت المدين يتعلق بماله دون مال سائر الناس. وكما كانوا أحق بها في حياة المدين فكذلك بعد موته «وإن لم تعرف بأعيانها قسم المال بالخصص، وأصحاب الوديعة والمصاراة والبضاعة بمنزلة الغرماء عندنا» وعلى قول ابن أبي ليلى الغرماء أحق بجميع التركة. وأصل المسألة أن الأمين إذا مات بجهلاً للأمانة فالأمانة تصير ديناً في تركته عندنا، لأنه بالتجهيل صار ممتلكاً، فإن اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك إلخ.

(٢) قلت: المسألة في (ص ٢٦ ج ١٨) باب الإقرار في المرض من المبسوط قال: ولو كان عليه دين في الصحة وأقر في مرضه بدين أو وديعة كان دين الصحة مقدماً على ما أقر به في المرض عندنا. وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: ما أقر به في الصحة والمرض فهو سواء. ثم ذكر حجج كليهما وبسط ورجح دليل الإمام ثم قال «ولو استقرض في مرضه مالا أو اشترى شيئاً وعين الشهود قبضه ذلك فهذا يحاص غرماء الصحة لأنه لا تمكن التهمة فيما يثبت بمعاينة الشهود. وليس فيه إبطال حق الغرماء عن شيء بل فيه تحويل حقهم من محل إلى محل يعد له فظهر هذا السبب في حقهم وكان صاحبه مراحماً لهم في الشركة، ولو لم تكن التركة إلا عين المال الذي أحذه قرصاً أو شيئاً فهو كذلك» لأنه بالقبض تم ملكه فكان من جملة تركته عند موته يتعلق به حق جميع غرمائه إلخ.





أحدهما بألف وشهد الآخر بألف وخسمائة كانت شهادة الألف حائزة في قولهما جميعاً. وإنما أجاز هذا أبو حنيفة لأنه كان يقول: قد سمي الشاهدان جميعاً ألفاً وقال الآخر: خسمائة فصارت هذه مفصلة من الألف.

قال: وإذا شهد الرجل على شهادة رجل وشهد آخر على شهادة نفسه في دين أو شراء أو بيع، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا تجوز شهادة شاهد على شهادة شاهد ولا يقبل عليه إلا شاهدان. وكذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب رحمته الله (١). وبه نأخذ (٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل شهادة شاهد على شهادة شاهد. وكذلك بلغنا عن شريح (٣).

ولو كان المدعي يدعي ألفاً وخسمائة فشهد أحدهما بألف وخسمائة والآخر بألف تقبل على الألف بالإجماع. ثم ذكر دلائل القولين كليهما إلى أن قال: ولو ادعى ألفاً فشهد أحدهما بالألف والآخر بالالفين لا تقبل على الألف بالإجماع، لأن المدعي كذب أحد شاهديه في بعض ما شهد به فأوجب ذلك تهمة في الباقي فلا تقبل إلا إذا وفق فقال: كان لي عليه ألفان إلا أنه قد قضاني ألفاً ولم يعلم به الشاهد فيقبل. وكذا لو ادعى ألفاً فشهد أحدهما بها والآخر بألف وخسمائة لا تقبل لما قلنا إلا إذا وفق فقال: كان لي عليه ألف وخسمائة إلا أنه قضاني خسمائة ولم يعلم بها الشاهد فتقبل، لأنه إذ وفق فقد زال الاختلاف المانع من القول.

وفي المبسوط (ص ١٧٥ ج ١٦): فإن كان المدعي يدعي ألفاً فقد أكذب الذي شهد على ألف وخسمائة فلا تقبل شهادتهما له إلا أن يوفق فيقول: كان أصل حقي ألفاً وخسمائة لكن استوفيت خسمائة أو أبرأته منها ولم يعلم به هذا الشاهد فحينئذ تقبل شهادتهما على الألف، لأنه وفق بتوفيق صحيح محتمل. قلت: فلعل قوله «وبه نأخذ» أدرجه الناسخ هنا سهواً منه وعمله بعد قوله «لأنهما قد اختلفا» أو زيادته من سهو الناسخ، والله أعلم.

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه [٣٣٩/٨] عن علي رحمته الله ولفظه: «لا يجوز على شهادة الميت إلا رجلان» وروى ابن أبي شيبة [٥٥٤/٤] عن الشعبي أنه قال: «لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين» \*.

(٢) ذكرت هذه المسألة في ضمن الاحتجاج في (ص ١٣٨ ج ١٦) من المبسوط في شرح قول الحاكم: «وإن شهد رجلان على شهادة رجلين جاز عندنا» إلخ وهو قوله: «وليس هذا كما لو شهد أحدهما على شهادة نفسه لأن الشاهد على شهادة نفسه لا يصلح أن يكون شاهد الفرع في تلك الحادثة» إلخ. ولم أجد ذكرها مستقلاً كما ذكر ههنا، والله أعلم.

(٣) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية أبو أمية الكندي الكوفي، محضرم، ولي نعيم الكوفة فقضى بها ستين سنة. وكان من جلة العلماء وأذكي العالم. وروى عن علي وابن مسعود، وعنه الشعبي وأبو وائل. روى له النسائي والبخاري في الصحيح وفي الأدب. قال الشعبي: كان أعلم الناس بالقضاء. مات سنة ٨٠ عن ١١٠ سنة، وقيل عن ١٢٠ سنة.

وابراهيم.

قال: وإذا شهد الشهود على دار أنها لفلان مات وتركها ميراثاً بين فلان وفلان، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: إن شهدوا أنهم لا يعلمون له وارثاً غير هؤلاء جازت الشهادة. وبه نأخذ<sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا تجوز شهادتهم إذا قالوا: لا نعلم له وارثاً غير هؤلاء حتى يشبوا ذلك فيقولوا: لا وارث له غيرهم، وإذا جاء وارث غيرهم بينة أدخله معهم في الميراث. ولم تبطل شهادة الأولين في قولهما.

قال: وإذا شهد الشهود على زنا قديم أو سرقة قديمة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يدرأ الحد في ذلك، ويقضى بالمال وينظر في المهر لأنه قد وطئ فإذا لم يقم الحد بالوطء فلا بد من مهر. وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «أما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرة ذلك فإنما شهدوا على ضغن<sup>(٢)</sup> فلا شهادة لهم»<sup>(٣)</sup>. وبه نأخذ<sup>(٤)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل شهادتهم وأمضي الحد. فأما السكران فإن أتى به وهو غير سكران فلا حد عليه<sup>(٥)</sup>، وإن كان أخذ وهو سكران فلم يرتفع إلى الوالي حتى ذهب السكر عنه إلا أنه في يدي الشرط أو عامل الوالي فإنه يحد.

قال: وإذا شهد الشهود عند القاضي بشهادة فادعى المشهود عليه أنهم شهدوا بزور وقال: أنا أخرجهم وأقيم البينة أنهم استوجروا وأنهم قوم فساد، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا أقبل الجرح على مثل هذا. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقبله. فأما غير

(١) وهذه المسألة في (ص ١٥٢ ج ١٦) قال بعد ما ذكر دليل ابن أبي ليلى ولكننا نقول: قولهم لا وارث له غيره نفى لا طريق لهم إلى معرفة ذلك فلو كلفهم القاضي أن يشهدوا بذلك لكلفهم على ذلك شططاً وحملهم على الكذب، وإليه أشار في الكتاب فقال: من قبل أن هذا عيب يحملهم القاضي عليه، أو قال عنت يحملهم القاضي عليه وهو يعلم أنهم يشهدون بما لا يعلمون، وإن قالوا: لا نعلم له وارثاً غيره فهذا يكفي. وعلى قول ابن أبي ليلى لا يكفي لأن هذا ليس من الشهادة في شيء فإنهم يشهدون بما يعلمون لا بما لا يعلمون. وكما أنهم لا يعلمون ذلك فالقاضي لا يعلم الخ.

(٢) الضغن: الحقد.

(٣) أخرجه الإمام محمد في كتاب الحدود من «الأصل».

(٤) والمسألة متفق عليها عندنا، أفاده السرخسي وقال: قد بينا المسألة في الحدود.

(٥) واحتج له السرخسي فقال لاتعدام العلة الموجبة للحد. قال: ولكنا نقول: الموجب للحد هو الشرب إلى غاية السكر، ولا ينعدم ذلك وإن زال ما به من السكر إلا عند أي حيفة وأني يوسف فإنهما يشترطان بقاء الرائحة لإقامة الحد عليه، وعند محمد لا يشترط ذلك. وقد بيناه في الحدود.

ذلك من محدود في قذف أو شريك أو عبد فهما يقبلان في هذا الجرح جميعًا. وحفظي عن أبي يوسف أنه قال بعد: يقبل الجرح إذا شهد من أعرفه وأثق به.

قال: وإذا شهد الوصي للوارث الكبير على الميت بدين أو صدقة في دار أو هبة أو شراء، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا يجوز ذلك. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو حائز. وبه نأخذ. وإذا شهد الوصي على غير الميت للوارث الكبير بشيء له خاصة فشهادته جائزة في قولهما جميعًا.

قال: وإذا ادعى رجل دينًا على ميت فشهد له شاهدان على حقه وشهد هو وآخر على وصية ودين لرجل<sup>(١)</sup> عليه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: شهادتهم جائزة لأن الغريم يضر نفسه بشهادته. وبه نأخذ<sup>(٢)</sup>.

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا تجوز شهادته. وإذا شهد أصحاب الوصايا بعضهم لبعض لم تجز، لأنهم شركاء في الوصية الثلث بينهم. وقال أبو يوسف: أصحاب الوصايا والغرماء سواء، لا تجوز شهادة بعضهم لبعض.

قال: وإذا شهد الرجل لامرأته، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا تجوز شهادته لها. وكذلك بلغنا عن شريح<sup>(٣)</sup>. وهذا نأخذ<sup>(٤)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: شهادته لها جائزة. قال: وإذا شهد الرجل على شهادة وهو صحيح البصر ثم عمي فذهب بصره، فإن

(١) وفي المبسوط لرجل آخر.

(٢) وهو قول أصحابنا كلهم - أفاده السرخسي.

(٣) قلت أخرج أبو يوسف في آثاره عن الإمام عن الهيثم عن عامر عن شريح «أنه كان لا يجيز شهادة الرجل لامرأته. ولا المرأة لزوجها، ولا الشريك لشريكه، ولا السيد لعبده، ولا رجل لأبيه ولا أب لابنه، ولا الأعمى، ولا المحدود في قذف» وأخرجه الحسن بن زياد أيضًا عنه في مسنده، وأخرجه طلحة بن محمد من طريق المقرئ عنه وابن خسرو من طريق ابن رباد والكلاعي عن الوهبي عنه. وأخرجه محمد في آثاره ومبسوطه وليس فيه ذكر الأعمى، وليس في رواية الأثار ذكر السيد، ولا ذكر الأعمى. وأخرجه عبدالرزاق وابن أبي شيبة في مصفهما. قلت: قال في تخريج الهداية ويقال: إن الخفاف أخرج يأساده مرفوعًا. قلت: وذكره السرخسي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا، وذكر سند حديث حفاف الثقفي في شرح المختصر فقال: عن صالح بن زريق عن مروان بن معاوية الفزاري عن يزيد بن رباد الشامي عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ: «لا يجوز شهادة الولد لوالده، ولا امرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته، ولا العبد لسيده، ولا السيد لعبده، ولا الشريك لشريكه، ولا الأجير لمن استأجره».

(٤) قلت: وبه أخذ محمد أيضًا وحجتهم في (ص ١٢٣ ح ١٦) من المبسوط ولم يذكر فيه خلاف ابن أبي ليلى.

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا تجوز شهادته تلك إذا شهد بها <sup>(١)</sup>. بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه رد شهادة أعمى شهد عنده <sup>(٢)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: شهادته جائزة. وبه نأخذ، وإذا كان شيء لا يحتاج أن يقف عليه.

قال: وإذا أقر الرجل بالزنا أربع مرات في مقام واحد عند القاضي، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هذا عندي بمنزلة مرة واحدة ولا حد عليه في هذا. وبه نأخذ <sup>(٣)</sup>. بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ماعز بن مالك رضي الله عنه أتاه فأقر عنده بالزنا فردّه، ثم أتاه الثانية فأقر عنده فردّه، ثم أتاه الثالثة فأقر عنده فردّه، ثم أتاه الرابعة فأقر عنده فسأل قومه: هل تنكرون من عقله شيئاً؟ قالوا: لا، فأمر به فرجم <sup>(٤)</sup>.

وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقيم الحد إذا أقر أربع مرات في مقام واحد. قال: وإذا أقر الرجل بالزنا عند غير قاض أربع مرات، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان لا يرى ذلك شيئاً ولا يحده. وبه نأخذ <sup>(٥)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا قامت عليه الشهود بذلك أحده.

قال: وإذا رجع الرجل عن شهادته بالزنا وقد رجم صاحبه بها، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يضرب الحد ويفرم ربع الدية. وبه نأخذ <sup>(٦)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: أقتله،

(١) قلت: وهو قول محمد أيضاً والمسألة ذكرت في كتاب الشهادة (ص ١٣٠ ج ١٦) من مبسوط السرخسي مع خلاف أبي يوسف وحججه وحججهما ولم يذكر قول ابن أبي ليلى.

(٢) قلت: أخرجه محمد في شهادات «الأصل» عنه أنه شهد عنده أعمى فقالت أخت المشهود عليه إنه أعمى فذكر ذلك لعلي رضي الله عنه فرد شهادته. قال محمد: وبه نأخذ وأخرج عبد الرزاق عن الأسود بن قيس عن أشياخه أن علياً لم يجز شهادة الأعمى في سرقة.

(٣) قلت: المسألة في (ص ٩١ ج ٩) في باب الإقرار بالزنا، وهي متفق عليها بين أصحابنا. واحتج السرخسي لهم بما لا يريد عليه وجمع اختلاف روايات الحديث الذي ذكره هنا وبين معانيها ووفق بينها فراجع إن شئت زيادة الإطلاع.

(٤) أخرجه هو في خراجه عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة. وأخرجه في آثاره عن الإمام عن علقمة عن ابن بريدة عن أبيه والبخاري عن طريق أبي يوسف وابن الساركن وأسد بن عمرو الحماني والمقرئ وعدة من أصحاب الإمام عنه عن علقمة بن مرثد عن ابن بريدة عن أبيه. وأخرجه أبو داود والنسائي عن أبي هريرة، وروياه، وأحمد في مسنده عن يزيد بن نعيم عن هلال عن أبيه: كان ماعز بن مالك يقيم في حجر أبي فأصاب جارية - الحديث.

(٥) وهو قول محمد أيضاً.

(٦) قلت: ذكرت هذا المسألة في كتاب الحدود (ص ١٠٤ ج ٩) من المبسوط مختصرة قال: «وإن شهد خمسة على رجل بالزنا والإحصان فرجم ثم رجع واحد فلا شيء عليه لبقاء حجة تامة فإن رجع آخر غرماً ربع الدية لأن الباقي على الشهادة من يستحق بشهادته ثلاثة أرباع النفس

فإن رجعوا أربعتهم قتلهم ولا نفرهم الدية، فإن رجع ثلاثة في قول أبي حنيفة عليه السلام ضربوا الحد وغرم كل واحد منهم ربع الدية.

قال: وإذا شهد الشهود عند القاضي على عبد وحلوه ووصموه وهو في بدة أخرى مكتب القاضي شهادتهم على ذلك، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا أقبل ذلك ولا أدمع إليه العبد، لأن الحلية قد توافقت الحلية وهو ينتفع بالعبد حتى يأتي به إلى القاضي الذي كتب له، أرأيت لو كانت جارية جميلة والرجل غير أمين أكنث بيعت بها معه؟ وكان ابن أبي ليلى يقول: يختم في عنق العبد ويأخذ من الذي جاء بالكتاب كفيلاً ثم يبعث به إلى القاضي، فإذا جاءه العبد والكتاب الثاني دعا الشهود، فإن شهدوا أنه عبده أبرأ كفيله ورضى بالعبد أنه له وكتب له بذلك كتاباً إلى القاضي الذي أخذ منه الكفيل حتى يرى كفيله. وبه نأخذ.

قال: وإذا شهد الرجل من أهل الكوفة شهادة فعدل بمكة وكتب بها قاضي مكة إلى قاضي مصر في مصر غير مصره بالشهادة وزكي هناك وكتب بذلك إلى قاضي الكوفة نشهد قوم من أهل الكوفة أن هذا الشاهد فاسق، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: شهادتهم لا تقل عليه أنه فاسق. وبه نأخذ <sup>(١)</sup> وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: نرد شهادته ويقبل قولهم.

ويحذران جميعاً لأنه لم يبق على الشهادة من تتم به الحجة وقد انفسحت الشهادة في حقهما بالرجوع فعليهما الحد» قلت: ولم يذكر باقي المسألة ولا قول ابن أبي ليلى.

(١) قلت: وهو قول محمد أيضاً. أفاده السرخسي. وقد اختصر المسألة فقال: «إذا شهد قوم من أهل الكوفة أن ذلك الشاهد فاسق، فإن شهادتهم لا تكون مقبولة عندنا، وقال ابن أبي ليلى: تقبل وترد شهادة الشاهد، لأن فسقه لو صار معلوماً للقاضي بخبر المخبر رد شهادته فإذا صار معلوماً له بشهادة الشهود أولى، ولأن الفسق مانع من العمل بشهادته إلخ. وجه قولنا أن المقصود هذه الشهادة النفي لا الإثبات والبيّنات للإثبات لا للنفي، وبيان الوصف أن المقصود هي وجوب العمل بشهادته، وبه فارق الرق وإقامة الحد عليه، لأن تلك البينة تقوم لإثبات الرق عليه، وإثبات فعل القاضي في إقامة الحد عليه ثم يتضمن ذلك بطلان شهادته حكماً. يوضحه أن صفة الفسق ليست بصفة لازمة، فإن الفاسق إذا تاب لا يبقى فاسقاً، فالشاهد لا يعلم بقاء هذا الوصف فيه عند شهادته حقيقة وإنما يقول ذلك باستصحاب الحال وذلك يطلق له الحر دون الشهادة فكان مجازاً في هذه الشهادة، بخلاف الرق وإقامة الحد عليه، فإن ذلك صفة لازمة له فيجوز للشاهد أن يشهد على ذلك إذا كان قد علم سببه حقيقة، ولأن الفسق ثبتت بأسباب يحتج الناس في بعضها ففعل الشاهد بذلك يعتمد بسبب عنده أن ذلك فسق وعند القاضي ليس بفسق، فلا يجوز له أن يعتمد بمجرد شهادته أنه فاسق بخلاف الرق وإقامة الحد عليه».

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا ينبغي للقاضي أن يفعل ذلك، لأنه قد غاب عن الكوفة

سنين فلا يدري ما أحدث ولعله قد تاب.

قال: وإذا شهد شاهدان من اليهود على رجل من النصارى وشهد شاهدان من النصارى على رجل من اليهود، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ذلك جائز، لأن الكفر كله ملة واحدة. وبه تأخذ <sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى لا يجيز ذلك ويقول: لأنهما ملتان مختلفتان. وكان أبو حنيفة يورث اليهودي من النصراني والنصراني من اليهودي ويقول: أهل الكفر بعضهم من بعض وإن اختلفت مللهم. وبه تأخذ. وكان ابن أبي ليلى لا يورث بعضهم من بعض.

قال: وإذا شهد الشهود عند قاضي الكوفة على عبد وحلوه ووصفوه أنه لرجل، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: لا أكتب له. وقال ابن أبي ليلى: أكتب له شهادتهم إلى قاضي البلد الذي فيه العبد، فيجمع القاضي الذي العبد في بلده بين الذي جاء بالكتاب وبين الذي عنده العبد، فإن كان للذي عنده العبد حجة وإلا بعث بالعبد مع الرجل الذي جاء بالكتاب محتوماً في عنقه وأخذ منه كفيلاً بقيمته ويكتب إلى القاضي بجواب كتابه بذلك، فيجمع قاضي الكوفة بين البينة وبين العبد حتى يشهدوا عليه بعينه ثم يرده مع الذي جاء به

(١) وبه قال محمد. أفاده في المبسوط كتاب الشهادات (ص ١٣٣ ج ١٦) واحتج لهم بحجج كثيرة، منها «ورحم رسول الله ﷺ يهوديين زنيا بشهادة أربعة منهم». وعن أبي موسى رضي الله عنه أن النبي ﷺ أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض. والسلف مجمعون على هذا، حتى قال يحيى بن أكرم: «تسعت أقاويل السلف فلم أجد أحداً منهم لم يجوز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض إلا أنني رأيت لربيعة فيه قولين. والمعنى فيه أن الكافر من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة كالمسلم. وبيان الوصف في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ والمراد منه الولاية دون الموالاة، فإنه معطوف على قوله تعالى: ﴿مَا لَكُمْ مِنْ وَلِيَّتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ﴾ والدليل عليه أنها تصح الأنكحة فيما بينهم ولا نكاح إلا بولي» والمسلم إذا خطب إلى كتابي ابنته الصغيرة فزوجها منه جاز الكاح ولأن الكافر من أهل الولاية على نفسه وماله على الإطلاق فيكون من أهل الولاية على غيره عند وجود شرط تعدي ولايته إلى الغير والشهادة نوع ولاية فإذا ثبت الأهلية للولاية ثبت الأهلية للشهادة. قال: ولأن الكفر ملة واحدة عندنا.

قال تعالى: ﴿هَٰذَا نَحْنُ آمَنَٰتُكُمْ فِي دِينِكُمْ﴾ وقال: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾ فعايد المحر وعائد الوثن أهل ملة واحدة وإن اختلفت نحلهم، كالمسلمين هم أهل ملة واحدة وإن اختلفت مذاهبهم. قلت: روى ابن ماجه [٧٩٤/٢] عن جابر أن النبي ﷺ أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض. فهذا حجة على ابن أبي ليلى.

• قال البوصيري في مصباح الزجاجة (٥٦/٣): هذا إسناد ضعيف من أجل مجالد بن سعيد، ورواه البيهقي في الكبرى من طريق محمد بن طريف فذكره بإسناده ومثله (١٦٥/١٠).

إلى قاضي البلد الذي كان فيه العبد حتى يجمع بينه وبين خصمه ثم يعصي عليه القضاء ويرأ كفيه. وبه نأخذ<sup>(١)</sup>.

قال أبو يوسف ما لم تجئ نعمة أو أمر يستريه من الغلام.

وإذا سافر الرجل المسلم فحضره الموت فأشهد على وصيته رجلين من أهل الكتاب، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا تحوز شهادتهما. وبه نأخذ<sup>(٢)</sup> لقول الله عز وجل: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾. وكان ابن أبي ليلى يقول: ذلك جائز<sup>(٣)</sup>.

وكان أبو حنيفة رحمه الله لا يرى على شاهد الزور تعزيراً غير أنه يبعث به إلى سوقه إن كان سوقياً، إلى مسجد قومه إن كان من العرب فيقول: القاضي يقرنكم السلام ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور فساخذروه وحذروه الناس. وذكر ذلك<sup>(٤)</sup> أبو حنيفة عن

(١) وهذه المسألة مكررة، وقد مرت مثلها قبيل ذلك بتغيير يسير.

(٢) وهو قول محمد أيضاً - أفاضه السرخسي.

(٣) قال الإمام السرخسي: وهو قول شريح فإنه كان يقول: لا تقبل شهادة أهل الكتاب على المسلمين في شيء إلا في الوصية، ولا تقبل في الوصية إلا في حالة السفر.

وقد نقل ذلك عن إبراهيم لظاهر قوله تعالى: ﴿أَتَيْنَاكَ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ﴾ يعني من غير أهل دينكم بدليل، قوله تعالى: ﴿يَأْتِيَا الَّذِينَ آمَنُوا مِنَّا شَهَادَةً بَيْنَيْنَا﴾ ولكن نقل عن إبراهيم أنه قال: هذه الآية منسوخة نسخها قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾.

وقد نقل عن عكرمة أن المراد من قوله تعالى: ﴿أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ﴾ أو من غير قبيلتكم، وهذا لأن العداوة بين القبائل في الجاهلية كانت ظاهرة، فبين الله تعالى أنه لا معتر بها بعد الإسلام، وأن شهادة بعضهم على بعض مقبولة. ألا ترى أن الله تعالى قال: ﴿وَحَبَسُونَهُمَا مِنْ تَعَدَّىٰ الصَّلَوةَ فَفَقِسْهُمَا بِآلِهِ﴾ وذلك إنما يكون في حق المسلمين الذين يصلون، وقد صح الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تقبل شهادة أهل ملة على أهل ملة أخرى إلا المسلمين فإن شهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها» إلخ\*.

(٤) قلت: أخرجه الإمام محمد في آثاره عنه عن الهيثم عن حدثه عن شريح. وروى ابن أبي شيبة من طريق أبي حصين: كان شريح يبعث بشاهد الزور إلى مسجد قومه أو سوقه ويقول: إنا قد ربعا شهادة هذا. وروى عبدالرزاق عن الثوري عن الجعد بن ذكوان: أتني شريح بشاهد زور فرع عماته عن رأسه وخفقه بالدرة خفقات وبعث به إلى المسجد يعرفه الناس. قلت: أخرج الشيخين عن علي بن الحسين قال: «كان علي إذا أخذ شاهد زور بعثه إلى عشيرته فقال: إن هذا شاهد زور فاعرفوه ثم على سبيله»

\* رواه ابن أبي شيبة (٥٣٣/٤)، وعبد الرزاق (١٢٩/٦) والدارقطني (٦٩/٤). وابن أخوري في التحقيق (٣٩١/٢). وقال الدارقطني: فيه عمر بن راشد ليس بالقوي.

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

القاسم<sup>(١)</sup> عن شريح. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه التعزير ولا يبعث به ويصره خسة وسبعين سوطاً. قال أبو يوسف: أعززه ولا أبلغ به أربعين سوطاً، ويطاف به، وقال أبو يوسف: بعد ذلك: أبلغ به خسة وسبعين سوطاً<sup>(٢)</sup>.

قال: وإذا اختلف الشاهدان في الموطن الذي شهدا فيه<sup>(٣)</sup> فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا تعزهما، ويقول: لأني لا أدري أيهما الصادق من الكاذب إذا كانا شهدا على فعل؟ فإن كانا شهدا على إقرار فإنه كان يقول: لا أدري لعلهما صادقان جميعاً وإن اختلفا في الإقرار. وبه نأخذ<sup>(٤)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يرد الشاهدين وربما ضربهما وعاقبهما. وكذلك لو خالف المدعي الشاهدين في قول أبي حنيفة رحمه الله فشهدا بأكثر مما ادعى، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا نضربهما وتتهم المدعي عليهما<sup>(٥)</sup>. وكان ابن أبي ليلى ربما

(١) كذا في الأصل ولعله تصحيف الميثم لأن الميثم محتمل التصحيف إلى القسم على رسم الأقدمين، ولأن محمداً رواه عنه عن الميثم أو هو قاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود الهذلي أبو عبد الرحمن قاضي الكوفة، وهو يروي عن أبيه وجابر بن سرة، وعنه عمرو بن مرة وأبو إسحاق. وروى له الأربعة والبخاري. مات سنة ١١٠هـ.

(٢) قال السرخسي في شهادات المبسوط ص ١٤٥ ج ١٦: وقال أبو يوسف وعمد: يعاقبه بالتعزير والحبس على قدر ما يرى حتى يظهر توبته ولا يبلغ بالتعزيرات سبعين سوطاً. وقال أبو يوسف بعد ذلك: يبلغ بالتعزير خسة وسبعين سوطاً. فهما استدلا بحديث عمر رحمه الله حيث قال في شاهد الزور: يضرب أربعين سوطاً ويسحم وجهه ويطاف به، إلا أن الدليل قد قام على اتساح حكم التسخيم للوجه، فإن ذلك مثله ونهى رسول الله ﷺ عن المثلة ولو بالكلب العقور، فبقي حكم التعزير إلخ. وأبو حنيفة أخذ بقول شريح فإنه كان قاضياً في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما لما اشتهر من قضايه كالمروى عنهما. ثم التشهير لمعنى النظر للمسلمين وذلك في حقهم. فأما التعزير لحق الله تعالى وذلك يسقط بالتوبة، وشاهد الزور من يقر على نفسه بذلك وإقراره على نفسه بذلك دليل توبته، فلماذا لا يعزر ويكتفى بالتشهير. ثم في التشهير نوع تعزير وهو تعزير لائق بجريمته، لأن بالشهادة لا يحصل له سوى ماء الوجه، وبالتشهير يذهب ماء وجهه عند الناس فكان هذا تعزيراً لائقاً بجريمته فيكتفى به، وما نقل عن عمر محمول على معنى السياسة إذا علم الإمام أنه لا يزجر إلا به، ألا ترى أنه ذكر تسحيم الوجه وذلك بالاتفاق بطريق السياسة إذا علم المصلحة فيه؟ فكذلك التعزير.

(٣) وفي المبسوط: «وإذا اختلف الشاهدان في الموطن التي شهدا فيها على عمل أو عصم لم نقل شهادتهما ولا يعزran على ذلك عندنا» إلخ.

(٤) استدل لهم في المبسوط فقال: «ولكننا نقول: لا ندرى أيهما الكاذب منهما فضرب كل واحد منهما عت ولا بد من تقرر السبب في حقه حتى يجوز الإقدام على صر به وذلك لا يوجد في حق كل واحد منهما».

(٥) واحتج لهم السرخسي فقال: «ولكننا نقول: لعل السدعي هو العالط والكاذب والشهود صادقون»

قال: وإذا لم يطعن الخصم في الشاهد، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا يسأل القاضي عن الشاهد. وكان ابن أبي ليلى يقول: يسأل عنه. وهذا نأخذ<sup>(١)</sup>. وكان أبو حنيفة رحمته الله لا يجيز شهادة الصبيان بعضهم على بعض. وبه نأخذ<sup>(٢)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يجيز شهادة الصبيان بعضهم على بعض<sup>(٣)</sup>.

في شهادتهم وبدون السب لا تجب عليهم العقوبة وإن كان لا يعمل بشهادتهم لتكذيب المدعي إياهم.

(١) قال في السووط: وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن السؤال عن الشهود لصيانة قضائه فإنه ممنوع شرعاً من القضاء بشهادة الفاسق. وأبو حنيفة رحمته الله يقول: العدالة ثابتة بظاهر الإسلام كما قال رسول الله ﷺ: «المسلمون عدول بعضهم على بعض» فيعتمد القاضي هذا الظاهر ما لم يطعن الخصم فإذا طعن اشتغل بالسؤال، لأن الظاهر من حال الطاعن أنه لا يكذب أيضاً فإنه مسلم. وقد بينا هذه المسألة بمصطلحها في: «أدب القاضي»

(٢) وهو قول محمد أيضاً - أفاده السرخسي بقوله: «عندنا»

(٣) زاد السرخسي بعده: في الجراحات وضريق الثياب التي تكون بينهم في الملاعب ما لم يفرقوا، فإن كانوا يفرقوا لم تجز شهادتهم. ثم قال: ولكننا نقول: المعنى الذي لأجله لا تكون لهم شهادة على البالغين انقطاع الولاية، فإن الصبي ليس من أهل الولاية على أحد. وهذا المعنى موجود في شهادة بعضهم على بعض، والضرورة التي اعتادوها لا تتحقق فإننا أمرنا أن نمنعهم من الاجتماع للعب فتنتفع هذه الضرورة بمنعنا إياهم عن ذلك.

## باب في الأيمان

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا ادعى الرجل على الرجل دعوى وجاء بالبينة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا نرى عليه يمينًا مع شهوده. ومن حجته في ذلك أنه قال: بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «اليمين على المدعى عليه والبينة على المدعي». فلا نجعل على المدعي ما لم يجعل عليه رسول الله ﷺ، لا تحول اليمين عن الموضع الذي وضعها عليه النبي ﷺ. وبه نأخذ<sup>(١)</sup>.

وكان ابن أبي ليلى يقول: على المدعي اليمين مع شهوده، وإذا لم يكن له شهود لم يستحلفه وجعل اليمين على المدعى عليه، فإن قال المدعى عليه: أنا أرد اليمين عليه فإنه لا يرد اليمين عليه<sup>(٢)</sup>، إلا أن يتهمه فيرد اليمين عليه إذا كان كذلك، وهذا في الدين.

قال: وإذا ورث الرجل ميراثًا دارًا أو أرضًا أو غير ذلك فادعى رجل فيها دعوى ولم تكن له بينة فأراد أن يستحلف الذي ذلك في يديه، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: اليمين على علمه أنه لا يعلم لهذا فيه حقًا. وكذلك كان ابن أبي ليلى يقول أيضًا. وإنما جعل أبو حنيفة رحمه الله على هذا اليمين على علمه، لأن الميراث لزمه، إن شاء وإن أبي،

(١) أخرجه طلحة بن محمد من طريق أبي يوسف عن الإمام عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه إذا أنكر». وأخرجه ابن خسرو من طريق إسحاق بن خالد وعبد الله بن عبد الرحمن عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن شريح بن الحارث عن عمر بن الخطاب عن النبي ﷺ «أنه قضى بالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه إذا أنكر». وأخرجه الحارثي عن أبي يوسف عن الإمام عن حماد عن الشعبي عن ابن عباس رفعه: «المدعى عليه أولى باليمين إذا لم تكن بينة» \*\*\* وحديث ابن عباس متفق عليه. وأخرجه البيهقي بالفاظ مختلفة.

(٢) وبه أخذ محمد أيضًا - أناده السرخسي.

(٣) وعندنا لا يرد اليمين عليه، لأن اليمين لإبقاء ما كان على ما كان لا لإثبات ما لم يكن، وحاجة المدعي إلى إثبات ما لم يكن ثابتًا واليمين لا يصلح حجة في ذلك، ثم هو مخالف للنص، فإن النبي ﷺ قال للمدعي: «ليس لك إلا هذا: شاهداك أو يمينه» \*\*\* فهو تنصيب على أنه لا يمين في جانب المدعي - السرخسي في المبسوط.

• رواه البخاري (٩٣١/٢)، والترمذي (٦٢٥/٣)، وابن ماجه (٧/٣).

• انظر: المحلى لابن حزم (٧٤/٩) (٦٦/١١).

• رواه النسائي (٢٤٨/٨).

• رواه البخاري (٨٨٩/٢)، ومسلم (١٢٣/١).

والبيع لا يلزمه إلا بقبول، وإذا كان الشيء لا يلزمه إلا بقبوله وقبول منه مثل اسبع واهبة والصدقة، فاليمين في ذلك البينة. والميراث لو قال: لا أقبله كان قوله ذلك باطلاً وكان الميراث له لازماً فلذلك كانت اليمين على علمه في الميراث. وبه ما أحسن.

وكان ابن أبي ليلى يقول: اليمين عليه على علمه في جميع ما ذكرت لك من بيع وغير ذلك.

وقال وإذا استحلف المدعي المدعى عليه على دعواه محلله القاضي على ذلك ثم أتى بالبينة بعد ذلك على تلك الدعوى، فإن أبا حنيفة رحمهم الله كان يقبل منه ذلك، لأنه بلغا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وشريح أنهما كانا يقولان: اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة <sup>(١)</sup>. وهذا نأخذ <sup>(٢)</sup>.

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أقبل منه البينة بعد اليمين وبعد فصل القضاء.

(١) وفي المسوط ص ١٧٣ ج ١٧: «ولو أن رجلاً وارث داراً من أبيه فادعى آخر أنه أخوه لأبيه فدورث أباه معه هذه الدار وحده ذو اليد ذلك لم يستحلف على السب» هذا بالاتفاق. أما عند أبي حنيفة فلا يشك، وأما عندهما فكل نسب لو أقر به لم يصح يستحلف على ذلك إذا أنكره لما بينا أن النكول عندهما قائم مقام الإقرار، والأخوة لا تثبت بإقراره لو أقر بها فكذلك لا يستحلف عليه بخلاف الأبوة والبنوة «ولكنه يستحلف بالله العظيم ما يعلم له في هذه الدار بصياً» كما يدعي الإرث من الميت بسبب يسهما والاستحلاف على فعل الغير، لأنه يدعي الإرث من الميت سبب بينهما والاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم لا على التثبات. قال في الهداية: «ومسورث عدلاً وادعاه آخر يستحلف على علمه» لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على التثبات «وإن وهب له أو اشتراه يحلف على التثبات» لو جرد المطلق لليمين إذا الشراء سبب لتثبات الملك وضماً وكذا الهبة. قال في العناية: «والضابطة في ذلك أن الدعوى إن وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم إذا قال المدعى عليه: لا أعلم لي بذلك. وأما إذا كان له بذلك علم فيحلف على التثبات، وإن وقعت على فعل المدعى عليه كان الحلف على التثبات».

(٢) قال البيهقي في سننه باب البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة [١٨٢/١٠]: روي ذلك عن عمر بن الخطاب وشريح، ثم روي عن شريك عن عاصم عن ابن سيرين عن شريح قال: «من ادعى قضائي فهو عليه حتى يأتي بالبينة، الحق أحق من قضائي، الحق أحق من يمين فاجرة».

(٣) وبه قال محمد. والمسألة في (ص ١١٩ ج ١٦) من المسوط قال: وبعض القضاة من أنصف كانوا لا يسمعون البينة بعد يمين الخصم، وكانوا يقولون: كما يترجح جانب الصدق في حاب المدعي بالبينة ويتمين ذلك حتى لا ينظر إلى يمين المكر بعده. وكذلك يتمين الصدق في حاب المدعى عليه إذا حلف فلا يلتفت إلى بينة المدعى بعد ذلك ولما نأخذ بذلك وإما ما أحسن فيه بقول عمر رضي الله عنه حيث قال: «اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة» ولما نقول. حين المدعى عليه يتمين معنى الصدق في إنكاره لكن المدعى لا يخاصمه بعد ذلك لأنه لا حجة له فإذا وجد الحجة كان له أن يثبت حقه بها.

## باب الوصايا

قال أبو يوسف: وإذا أوصى الرجل بسكنى دار أو بخدمة عبد أو بغلة بستان أو أرض، وذلك ثلثه أو أقل، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ذلك جائز. وبه نأخذ<sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجوز ذلك، والوقت في ذلك وغير الوقت في قول ابن أبي ليلى سواء.

قال: وإذا أوصى الرجل للرجل بأكثر من ثلثه فأجاز ذلك الورثة في حياته وهم كبار ثم ردوا ذلك بعد موته، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا تجوز عليهم تلك الوصية، وهم أن يردوها، لأنهم أجازوا وهم لا يملكون الإجازة ولا يملكون المال. وكذلك بلغنا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه<sup>(٢)</sup> وشريح. وهذا نأخذ<sup>(٣)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: إجازتهم

(١) وهو قول الإمام محمد أيضًا. أفاده السرخسي والمسألة في باب الوصية بالغلة (ص ١٨١ ج ٢٧) من المبسوط. واحتج لابن أبي ليلى فقال: «لأن الموصي يملك له بإيجابه وذلك لا يصح منه فيما ليس بمملوك له. والمنفعة والغلة التي تحدث بعد موته ليست بمملوكة له، وإيجابه لا يتناول المنفعة والغلة التي تحدث في حال حياته. فيبطل وصيته بها». قال: ولكننا نقول: المنفعة تحتمل التملك ببدل وبغير بدل في حال الحياة فيجعل التملك بعد الموت أيضًا، وهذا لأن الموصي تبقى العين على ملكه حتى يجعله مشغولا بتصرفه موقوفًا على حاجته فإنما يحدث المنفعة على ملكه، فإذا ثبت هذا في المنفعة فكذلك في الغلة. لأنها بدل المنفعة، والوصية بخلاف الميراث فالإرث لا يجري في الخدمة بدون الرقبة، لأن الورثة خلافة. وتفسيره أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكًا للمورث وهذا لا يتصور إلا فيما يبقى وقتين والمنفعة لا تبقى وقتين. فأما الوصية إيجاب ملك بالعقد بمنزلة الإجازة والإعارة فيما أبقي.

(٢) أخرجه الإمام محمد في آثاره عن الإمام عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن ابن مسعود قال محمد: وبه نأخذ، إجازة الورثة قبل الموت ليس بشيء، فإن أجازوه بعد الموت وهي لو ارث أو أكثر من الثلث فذلك جائز، وليس لهم أن يرجعوه، وهو قول أبي حنيفة. وأخرجه ابن خسرو من طريقه عنه. وأخرجه الحسن بن زياد في مسنده عنه عن حماد عن إبراهيم عن ابن مسعود ولفظه أنه قال في الرجل يوصي بأكثر من الثلث فيجيزه الورثة في حياة الموصي فإذا مات الموصي أبوا أن يجيزوا فإن لهم ذلك. وأخرجه ابن خسرو من طريقه عنه. وأخرجه محمد في وصايا «الأصل» عن إبراهيم قوله. وأما قول شريح فلم أجده.

(٣) وبه أخذ الإمام محمد أيضًا. أفاده السرخسي في مبسوطه ص ١٥٣ ج ٢٧ قال: لأن حقهم تعلق بماله بمرضه ولكن الشرع جعل الثلث محلاً لوصية الموصي ليتدارك به ما فرط في حياته فما زاد على ذلك إذا أوصى به فقد قصد الإضرار بورثته بإسقاط حقهم به وإيثار الأجنبي على من آثره الشرع وهو الوارث فللوارث أن يرد قصده بأن يأبى الإجازة ولا معتبر بإجازته في حياة الموصي عندنا. وقال ابن أبي ليلى: تصح إجازته في حياته وليس له أن يرجع بعد وفاته، لأنه سقط حقه بالإجازة إلخ. قال «ولكننا نقول: إسقاط الحق قبل وجود السبب لا يجوز ويعتبر المرض بسبب

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ٤٤٣

جائزة عليهم لا يستطيعون أن يرجعوا إلى شيء منها. ولو أحازوها بعد موته ثم أرادوا أن يرجعوا فيها قبل أن تنفذ الوصية لم يكن ذلك لهم وكانت إحارثهم جائزة في هذا الموضع في قولها جميعاً.

قال: وإذا أوصى رجل بثلث ماله لرجل وماله كله لاخر فرد ذلك الورثة كله إلى الثلث، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: الثلث بينهما بصفان لا يصرب صاحب الجميع بحصة الورثة من المال. وكان ابن أبي ليلى يقول: الثلث بينهما على أربعة أسهم يصرب صاحب المال بثلاثة أسهم ويضرب صاحب الثلث بسهم واحد. وبه يأخذ <sup>(١)</sup>.

### باب المواريث

قال أبو يوسف رحمته الله: وإذا مات الرجل وترك أخاه لأبيه وأمه وجده، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: المال كله للجد وهو بمنزلة الأب في كل ميراثه. وكذلك بلغنا عن أبي بكر الصديق وعن عبد الله بن عباس وعن عائشة أم المؤمنين وعن عبد الله بن الزبير رضي الله عنهم أنهم كانوا يقولون: الجد بمنزلة الأب إذا لم يكن له أب <sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول في الجد بقول علي بن أبي طالب رحمته الله: للأخ النصف وللجد النصف. وكذلك قول زيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما في هذه المنزلة <sup>(٢)</sup>.

تعلق حقه بماله بل السبب مرض الموت ومرض الموت ما يتصل به الموت فقل اتصال الموت لا يكون سبباً، وهذا الاتصال موهوم فيكون هذا إسقاط الحق قبل تقرير السبب إغ وأطال الاحتجاج عليه.

(١) وبه قال محمد. والمسألة في كتاب الوصايا (ص ١٤٨ ج ٢٧) من المبسوط. وكذلك في (ص ١٦٨) واحتج للقولين بحجج كثيرة قوية حسنة، فمن شاء الاطلاع عليها فليراجعها.

(٢) قلت: أما قول أبي بكر فأخرجه الإمام محمد في كتاب الحجة على أهل المدينة عن ابن عباس وموسى الأشعري عنه وعن عطاء والحسن عنه مرسلًا. وأخرجه البخاري عن عكرمة عن ابن عباس عنه، والبيهقي رواه كذلك عنه وعن ابن الزبير عنه، ورواه عن أبي سعيد الخدري وعن عثمان عنه. وأما قول ابن عباس فأخرجه محمد في الحجة والبيهقي في سننه وأخباره ذكره تعليقاً. وأما ابن الزبير فروى البيهقي من طريق أيوب عن ابن أبي مليكة أن أهل الكوفة كانوا يلى عبد الله بن الزبير يسألونه عن الجد فقال: أما الذي قال رسول الله ﷺ: «لو اتحد أحد حبيلاً لا اتخذته» فإنه أنزله أبا، يعني أبا بكر رحمته الله اهـ. فأفتى بقول أبي بكر رحمته الله. وأما قول أنه المؤمير فلم أحده. قلت: ورواد السرخسي فقال: وهو قول أبي موسى وأبي وعمران بن حصير وأبي الدرداء ومعاذ بن جبل رضوان الله عليهم أجمعين. وهو قول شريح وعطاء وعبد الله بن عتبة.

(٣) قول علي وزيد وابن مسعود أخرجه البيهقي. وروى مثله عن عمر وعثمان رضي الله عنهما، وروى البيهقي عن عثمان وعلي رضي الله عنهما مثل قول أبي بكر أيضاً. وكذلك احتج علي

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: إذا أقرت الأخت، وهي لأب وأم وقد ورث معها العصة بأخ لأب، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: نعطيه نصف ما في يدها، لأنها أقرت أن المال كله بينهما نصفان فما كان في يدها منه فهو بينهما نصفان. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا نعطيه مما في يدها شيئاً لأنها أقرت بما في يدي العصة، وهو سواء في الورثة كلهم ما قالاً<sup>(١)</sup> جميعاً.

قال: وإذا مات الرجل وترك امرأة وولدها ولم يقر بحبل امرأته ثم جاءت بولد بعد موته وجاءت بامرأة تشهد على الولادة، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا أقبل هذا ولا أثبت نسبه ولا أورثه بشهادة امرأة. وكان ابن أبي ليلى يقول: أثبت نسبه وأورثه بشهادتها وحدها. وبه نأخذ<sup>(٢)</sup>.

قال: وإذا كان للرجل عبدان ولدا في ملكه كل واحد منهما من أمته فأقر في صحته أن أحدهما ابنه ثم مات ولم يبين ذلك، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا يثبت نسب واحد منهما ويعتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى في نصف قيمته، وكذلك أمهاتهما. وبه نأخذ<sup>(٣)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: يثبت نسب أحدهما ويرثان ميراث ابن ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته، وكذلك أمهاتهما.

قال: وإذا كانت الدار في يدي رجل فأقام ابن عم له البينة أنها دار جدهما والذي هي في يديه منكر لذلك، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا أقضي بشهادتهم حتى يشهدوا

ابن مسعود. قلت: ويقول ابن أبي ليلى قال أبو يوسف ومحمد أيضاً في مقاسمة الجد.

(١) كذا في الأصل ولم أجد المسألة بعينها في المبسوط. ونظائرها كثيرة في الوصية والفرائض.

(٢) قال السرخسي: وهو قول أبي يوسف ومحمد، وقد تقدم بيان المسألة في كتاب الطلاق أن عند أبي حنيفة شهادة المرأة الواحدة لا تكون حجة على الولادة في إثبات النسب إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو فرائض قائم أو إقرار من الزوج بالحبل، وعند انعدام هذه المعاني لا يثبت النسب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وعند أبي يوسف ومحمد شهادة القابلة على الولادة حجة تامة لإثبات النسب بدون هذه الشروط. وقول ابن أبي ليلى كقولهما.

(٣) وبه قال الإمام محمد - أفاده السرخسي، لأن النسب مما لا يحتمل التعليق بالشرط وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يصح إيجابه في المجهول كالنكاح والبيع، وهذا لأن الإيجاب في المجهول بمنزلة التعليق بخطر البيان، والنسب لا يحتمل التعليق بسائر الأخطار مكذلك بخطر البيان بخلاف العتق والطلاق إلا أن إقراره وإن لم يعتبر في حق النسب فإنه يكون معتبراً في حق العتق، بمنزلة ما لو أقر لمن هو معروف النسب من العير أنه ابنه لا يقبل إقراره، وإن لم يعتبر في حق النسب فإنه يكون معتبراً في حق العتق إلخ - مبسوط (ص ١٥٥ ج ٣٠).

أن الجدة تركها ميراثاً لأبيه ولأبي صاحبه لا يعلمون له وارثاً غيرهما ثم توفي أبو هذا وترك نصيبه منها ميراثاً لهذا لا يعلمون له وارثاً غيره<sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: أقصي له بشهادتهم وأسكنه في الدار مع الذي هي في يديه ولا يقتسمان حتى تقوم البينة على الموارث، كما وصفت لك في قول أبي حنيفة. ولا يقولان: لا نعلم في قول ابن أبي ليلى لكن يقولان لا وارث له غيرهما في قول ابن أبي ليلى. وقال أبو يوسف: أسكنه ولا يقتسمان.

قال: وإذا توفي الرجل وترك امرأته وترك في بيته متاعاً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يحدث عن حماد عن إبراهيم<sup>(٢)</sup> أنه قال: ما كان للرجال من المتاع فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة، وما كان للرجال والنساء فهو للباقي منهما، المرأة كانت أو الرجل، وكذلك الزوج إذا طلق والباقي الزوج في الطلاق. وبه كان يأخذ أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما. ثم قال بعد ذلك: لا يكون للمرأة إلا ما يجهز به مثلها في ذلك كله، لأنه يكون رجل تاجر عنده متاع النساء من تجارته أو صانع، أو تكون رهوناً عند رجل. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا مات الرجل أو طلق، فمتاع البيت كله متاع الرجل إلا الدرع والخمار وشبهه إلا أن تقوم لأحدهما بينة على دعواه<sup>(٣)</sup>. ولو طلقها في دارها كان

(١) وبه قال الإمام محمد. والمسألة في المبسوط في كتاب الدعوى ص ٤٧ ج ١٧ قال وقال أبو يوسف: أقصي بها للجدة وأضعها على يد عدل حتى يصححوا عدد ورثة الجدة. وهو قول ابن أبي ليلى. وهذا نظير الفصل الأول أن عند أبي يوسف رحمه الله يجب القضاء بما لو قامت البينة عليه، وعندهما لما لم يجر الميراث إليه لا يظهر استحقاقه وكونه خصماً في إثبات ملك الجدة فلا يقضي القاضي بشيء إلا أن يجرؤا الميراث.

(٢) وأخرجه الإمام محمد في الآثار.

(٣) قال الإمام السرخسي في (ج ٥ ص ٢١٣) باب متاع البيت من المبسوط: وقال محمد رحمه الله: ما يصلح للرجال والنساء فهو للرجل إن كان حياً ولورثته إن كان ميتاً. وقال أبو يوسف رحمه الله: تعطى المرأة جهاز مثلها والباقي للرجل أستحسن ذلك. وقال ابن أبي ليلى: ما يصلح للرجال والنساء فهو للزوج إن كان حياً ولورثته إن كان ميتاً وإنما لها ما يصلح للنساء خاصة. وعلى قول ابن شبرمة: المتاع كله للرجل إلا ما على المرأة من ثياب بدنها. وقال رفر: المتاع بينهما نصفان إذا لم تقم لواحد منهما، وهو قول مالك رحمه الله وأحد أقاويل الشافعي. وفي قول آخر المشكل بينهما نصفان، وعلى قول الحسن البصري إن كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها إلا ما على الزوج من ثياب بدنه وإن كان البيت بيت الزوج فالمتاع كله له، لأن صاحب البيت على ما في البيت أقوى وأظهر من يد غيره، ولأن المرأة ساكنة البيت، ألا ترى أنها تسمى قعيدة؟ فإذا كان البيت لها فالبيت مع ما فيه في يدها وعهد دعوى مطلق الملك القول قول ذي اليد، ومن يقول: المتاع كله للزوج قال لأن المرأة في يد الزوج فما في بيتها يكون في يد الزوج أيضاً، ألا ترى أنه صاحب البيت وأن المنزل يضاف إليه إلخ. وأبو حنيفة يقول: ما يصنع

أمرهما على ما وصفت في قولهما جميعاً.  
قال: وإذا أسلم الرجل على يدي الرجل ووالاه وعاقده ثم مات ولا وارث له، فإن  
أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ميراثه له. بلغنا ذلك عن رسول الله ﷺ <sup>(١)</sup> وعن عمر بن  
الخطاب رحمته الله وعن ابن مسعود رحمته الله.  
وهذا نأخذ <sup>(٢)</sup>. وكان ابن أبي ليلى لا يورثه شيئاً.

للرجال فهو قريب من استعمال الرجال وما يصلح للنساء فهو قريب من استعمالها والاستعمال  
يد حتى لو تنازع رجلان في ثوب واحد وأحدهما لابسه والآخر متعلق بذيله أو تنازعاً في دابة  
وأحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها يجعل القول قول المستعمل فكأن يد المستعمل هنا أقوى  
فيما هو صالح لأحدهما فأما فيما يصلح لهما فيترجح جانب الرجل في الطلاق لأنه صاحب البيت فقد  
كانت هي مع المتاع في يده إلخ \*.

(١) وهو ما أخرجه أحمد والأربعة والحاكم وابن أبي شيبة والدارقطني والطبراني  
كلهم من حديث تميم الداري من رواية عبد الله بن موهب ويقال ابن وهب عنه، ومنهم من  
أدخل بينهما قبيصة: سئل رسول الله ﷺ عن رجل أسلم على يديه آخر ووالاه فقال: «هو أحق  
به بحياه ومماته» وفي لفظ أبي داود قال: يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يد رجل من  
المسلمين؟ قال: «هو أولى الناس بحياه ومماته».

وفي رواية الحاكم سألت رسول الله ﷺ، وذكره البخاري في صحيحه فقال: ويذكر عن تميم  
رفعه: «وهو أولى الناس بحياه ومماته» واختلفوا في صحة هذا الخبر. وأخرجه ابن عدي من  
وجهين ضعيفين والطبراني والدارقطني من أحدهما ولفظه «من أسلم على يديه رجل مولاؤه له».  
وأخرجه ابن راهويه عن عمرو بن العاص أنه أتى رسول الله ﷺ فقال: إن رجلاً أسلم على يدي  
وله مال وقد مات، قال ﷺ «فلنك ميراثه» ومن طريقه أخرجه الطبراني وفي إسناده رجل مجهول  
- من تخريج أحاديث الهداية باختصار\*.

(٢) وهو قول الإمام محمد أيضاً قال السرخسي في فصل ولاء المولاة ص ٤٣ ج ٣٠ من المبسوط:  
وهو مذهب عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم.

\* انظر: الهداية (١٦٧/٣)، ومصنف ابن أبي شيبة (١٨١/٤)، ومختصر الطحاوي (٣٤٦/٢).  
\*\* رواه البخاري (٢٤٨٣/٦)، وابن الخارود (ص ٢٤٨)، والحاكم في المستدرک (٢٣٨/٢، ٢٣٩)،  
والترمذي (٤٢٧/٤)، والدارمي (٤٧١/٢)، والبيهقي (٢٩٦/١٠)، والدارقطني (١٨١/٤)،  
وأبوداود (١٢٧/٣، ٢٩٥). والنسائي (٢٧٣/٦)، وابن ماجه (٩١٩/٢)، وابن أبي شيبة (٦/٦)،  
(٢٩٥)، وابن جميع في معجم الشيوخ (٢٥/١)، وأحمد في المسند (٣٤/٢، ٧٣، ١٠٢، ١٠٣)،  
وأبو يعلى في مسنده (١٠٣/١٣)، وابن أبي عاصم في الأحاد والمثنائ (٩/٥)، والطبراني في  
الكبير (٥٦/٢).

وانظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية (١٩٥/٢، ١٩٦). ونصب الراية (١٢٨/٤، ١٥٥، ١٥٦).





## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

٤٤٩

الزكاة في أموالهم فإن أداها الوصي عنهم فهو ضامن<sup>(١)</sup>. وقال أبو حنيفة رحمه الله: ليس على يتيم زكاة حتى يبلغ، ألا ترى أنه لا صلاة عليه ولا فريضة عليه؟ وهذا يأخذ.

قال: ولو أن وصي ميت ورثته كبار وصغار ولا دين على الميت ولم يوصي بشيء باع عقاراً من عقار الميت، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول في ذلك: يبعه جائز على الصغار والكبار. وكان ابن أبي ليلى يقول: يجوز على الصغار والكبار إذا كان ذلك مما لا بد منه. وقال أبو يوسف رحمه الله: يبعه على الصغار جائز في كل شيء كان منه بد أولم يكن، ولا يجوز على الكبار في شيء من بيع العقار إذا لم يكن الميت أوصى بشيء يباع فيه أو يكون عليه دين<sup>(٢)</sup>.

تفويض التصرف في ماله إلى غيره ببعض هذه الأسباب لعجزه عن مباشرة ذلك بنفسه إما لكثرة أشغاله أو لقلة هدايته.

(١) وفي كتاب الزكاة من المبسوط ج ٢ ص ١٦٢: «وكان ابن مسعود رحمه الله يقول: يحصى الولي أعوام اليتيم فإذا بلغ أخبره، وهو إشارة إلى أنه تجب عليه الزكاة وليس للولي ولاية الأداء، وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله. قال: إذا أداه الولي من ماله ضمن. قال: ولنا قوله رحمه الله: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم، وعن النائم حتى ينتبه، وعن المجنون حتى يفيق»\*. وفي إيجاب الزكاة عليه إحصاء القلم عليه، فإن الوجوب يختص بالذمة ولا يجب في ذمة الولي فلا بد من القول بوجوبه على الصبي وفيه يوجه الخطاب عليه. والمراد بقوله: «كي لا تأكلها الصدقة»: أي النفقة، ألا ترى أنه أضاف الأكل إلى جميع المال، والنفقة هي التي تأتي على جميع المال دون الزكاة. والمعنى فيه أنها عبادة محضة فلا تجب على الصبي كسائر العبادات» إلخ. قلت: وعدم الوجوب عليه قول علي وابن عباس. وذهب إلى وجوبه ابن عمر وعائشة وابن مسعود رضي الله عنهم.

(٢) وقول محمد مع أبي يوسف. قال في المبسوط ج ٢٨ ص ٣٤: وأبو حنيفة استحسن فقال: لما ثبتت له الولاية في بيع البعض ثبتت في الكل، لأن الولاية بسبب الوصاية لا تحتل التجري، وهذا لأن في بيع البعض إضرار بالصغير والكبير جميعاً، لأنه يثبت به نصيب الكبير والأشخاص لا يشتري بما لا يشتري به الجلل فكان في بيع الكل توفر المنفعة عليهم، وللوصي ولاية في نصيب الكبير فيما يرجع إلى توفير المنفعة عليه، ألا ترى أنه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة له؟

• رواه الترمذي (٣٢/٤)، والدارمي (٢٢٥/٢) وابن أبي شيبة (١٩٤/٤)، وانظر: نصب الراية (٢/٣٣٣).

## باب في الشراكة والعتق وغيره

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة ولأحدهما ألف درهم وللآخر أكثر من ذلك، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ليست هذه بمفاوضة. وهذا نأخذ<sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: هذه مفاوضة جائزة والمال بينهما نصفان.

قال: ولو أن عبداً بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر، كان الخيار للآخر في قول أبي حنيفة رحمه الله، فإن شاء أعتق العبد كما أعتق صاحبه، وإن شاء استسعى العبد في نصف قيمته فيكون الولاء بينهما، وإن شاء ضمن شريكه نصف قيمته ويرجع الشريك بما ضمن من ذلك على العبد ويكون الولاء للشريك كله، وهو عبد ما بقي عليه من السعاية شيء. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول: هو حر كله يوم أعتقه الأول والأول ضامن لنصف القيمة ولا يرجع بها على العبد وله الولاء، ولا يخير صاحبه في أن يعتق العبد أو يستسعيه. ولو كان الذي أعتق العبد معسراً كان الخيار في قول أبي حنيفة للشريك الآخر، إن شاء ضمن العبد نصف قيمته يسعى فيها والولاء بينهما، وإن شاء أعتقه كما أعتق صاحبه والولاء بينهما. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان معسراً سعى العبد للشريك الذي لم يعتق في نصف قيمته ويرجع بذلك العبد على الذي أعتقه والولاء كله للذي أعتقه وليس للآخر أن يعتق منه شيئاً. وكان يقول: إذا أعتق شقصاً في مملوك فقد أعتقه كله ولا يتبعض العبد فيكون بعضه رقيقاً وبعضه حراً. وبه نأخذ<sup>(٢)</sup>.

(١) قلت: وبه قال محمد. أفاده في المبسوط وراد: ولكنها عنان قال فبيننا وبينه اتفاق أن من شروط المفاوضة المساواة في رأس المال وقتلنا لما انعدم ما هو شرط صحة المفاوضة لم تكن الشركة مفاوضة بينهما ولكنه عنان عام فكأنهما باشرا شركة العنان ولقباهما بلقب فاسد إلخ.

(٢) وهو قول الإمام محمد أيضاً. والمسألة في باب عتق العبد بين الشركاء من المبسوط ص ١٠٣ ح ٧ واحتج لهما السرخسي فقال: لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أعتق شقصاً من عبده فهو حر كله ليس لله فيه شريك». وفي الكتاب ذكر هذا اللفظ عن عمر أيضاً رضي الله عنه. والمعنى فيه أن العتق إسقاط للرق والرق لا يتجزى ابتداء وبقاء. فإسقاطه بالعتق لا يتجزى أيضاً كما أن الحل لما كان لا يتجزى ابتداء وبقاء فإبطاله بالطلاق لا يتجزى إلخ. قال: واستدل أبو حنيفة رحمه الله بحدِيث سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من أعتق شقصاً له في عبد فإن كان موسراً فعليه خلاصه، وإلا فقد عتق ما عتق ورق ما رق». وقال علي رضي الله عنه: «يعتق الرجل من عبده ما شاء»، وتأويل قوله صلى الله عليه وسلم: «فهو حر كله» سيصير حراً كله بإخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية فيكون فيه بيان أنه لا يستدام الرق فيما بقي منه وهو مذهبنا، ولأن هذا إزالة منك اليسين فيتجزأ في الحل كالبيع، وتأثيره أن نفوذ تصرف المالك باعتبار ملكه وهو مالك للسالية دون الرق، فالرق اسم لضيف ثابت في أهل الحرب مجازاة وعقوبة على كفرهم وهو لا يحتمل التسلك











## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

طالق صارت طالقاً؟ وهذا نأخذ، ألا ترى أن رجلاً لو قال لأمنته: كل ولد تلدينه فهو حر ثم ولدت بعد عشر سنين كان حرّاً؟ فهذا عتق ما لم يملك، ألا ترى أن رجلاً لو كانت عنده امرأة فقال لها: إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً ثم طلقها واحدة بآنية ثم تزوجها في العدة أو بعدها أن ذلك واقع عليها، لأنه حلف وهو يملكها ووقع الطلاق وهو يملكها؟ أرايت لو قال لعبد له: إن اشتريتك فأنت حر فباعه ثم اشتراه أما كان يعتق؟ وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يقع في ذلك عتق ولا طلاق إلا أن يوقت وقتاً، فإن وقت وقتاً في سنين معلومة، أو قال: ما عاش فلان أو فلانة أو وقت مصرّاً من الأمصار أو مدينة أو قبيلة لا يتزوج ولا يشتري منها مملوكاً، فإن ابن أبي ليلى يوقع على هذا الطلاق. وأما قول أبي حنيفة رحمته فإنه يوقع في الوقت وغير الوقت. وقد بلغنا عن عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: إذا وقت وقتاً أو قبيلة أو ما عاشت فلانة وقع <sup>(١)</sup>. وإذا قال الرجل: إن وطئت فلانة فهي حرة فاشترائها فوطئها، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا تعتق، من قبل أنه حلف وهو لا يملكها. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: تعتق فإن قال: إن اشتريتك فوطئتك فأنت حرة فاشترائها فوطئها، فهي حرة في قولهما جميعاً.

رحمته مرفوعاً ولفظه: «لا طلاق قبل النكاح» ولم يذكر العتق.

وأخرج عن الرهري عن عروة عن المسور مرفوعاً: «لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك». وأخرج البيهقي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو رفعه قال: «لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك».

وروى عن اليماني عن أبي عيسى عن جابر رفعه: «لا رضاع بعد فصال، ولا يتم بعد احتلام، ولا عتق إلا بعد ملك، ولا طلاق إلا بعد نكاح».

وروى عن عمرو بن دينار عن طاوس عن معاذ بن جبل رفعه: «لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك» وروى عن الزال عن مسروق عن علي قوله: «لا طلاق إلا بعد النكاح». وروى مثله عن عروة عن عائشة.

وروى عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس: «لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتاق إلا من بعد ملك».

(١) قال المولى على القاري في شرح مختصر الوقاية: وقال مالك في المشهور عنه: إذا لم يسم امرأة بعينها أو قبيلة نحو قرشية أو أرضاً نحو مكة أو نحو هذا بأن قال: كل امرأة، من غير ريادة وصف هنالك، فليس يلزمه ذلك، لما في الموطأ أن عبد الله بن مسعود كان يقول فيسن قال: كل امرأة أنكحها فهي طالق: إذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه. قال مالك: وهذا أحسن ما سمعت.

\* رواه الترمذي (٤٨٦/٣)، وعبد الرزاق (٤١٧/٦)، (٤١٨، ٤١٩، ٤٢٠، ٤٢١)، والبخاري (٥/٢٠١٧)، والحاكم (٢٢٢/٢)، وابن ماجه (٦٦٠/١)، والبيهقي (٣١٧/٧)، (٣٢١).

## باب في العارية وأكل الغلة

قال أبو يوسف: وإذا أعار الرجل الرجل أرضاً يسي فيها ولم يوقت وقتاً ثم بدا له أن يخرجها منها بعد ما بنى، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: نخرجه <sup>(١)</sup>. ويقال للذي سى: انقض بناءك. وهذا تأخذ <sup>(٢)</sup>.

وكان ابن أبي ليلى يقول: الذي أعاره ضامن لقيمة البنيان. والناء للمعير. وكذلك بلغنا عن شريح <sup>(٣)</sup>. فإن وقت له وقتاً فأخرجه قبل أن يبلغ ذلك الوقت فهو ضامن لقيمة البناء في قولهما <sup>(٤)</sup> جميعاً.

قال: وإذا أقام الرجل البينة على أرض ونخل فيها أنها له وقد أصاب الذي هي في يديه من غلة النخل والأرض والشم، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: الذي كانت في يديه ضامن لما أخذ من الثمرة. وبه تأخذ <sup>(٥)</sup>.

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا ضمان عليه في ذلك.

قال: وإذا زرع الرجل الأرض <sup>(٦)</sup>، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: الزرع للذي كانت في يديه وهو ضامن لما نقصت الأرض في قول أبي حنيفة عليه السلام ويتصدق بالفضل <sup>(٧)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يتصدق بشيء وليس عليه ضمان.

قال: وإذا أخذ الرجل أرض رجل إجارة سنة وعلمها وأقام فيها ستين، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: هو ضامن لما نقصت الأرض في السنة الثانية ويتصدق بالفصل

(١) وفي نسخة الأصل: إن شاء أخرجه.

(٢) وفي نسخة الأصل: وبه يأخذ أبو يوسف وعمر. والمسألة في العارية ص ١٤١ ج ١١ من مسوط السرخسي مع البسط والدلائل.

(٣) وفي نسخة الأصل: المسعودي عن القاسم عن شريح أنه قال: أبا رجل أدن لرجل أن يسي في ملكه ثم أخرجه ضمن البناء.

(٤) وفي بعض النسخ الأصل: في قولهم. والمسألة في العارية ص ١٤١ ج ١١ من المسوط ومبها خلاف زفر ذكرها الحجج.

(٥) وفي بعض النسخ الأصل: وبه يأخذ أبو يوسف وعمر. والمسألة ذكرت في العارية ص ١٤٩ ج ١١ من مسوط السرخسي قال: ولكننا نقول: الثمرة عين مال متقوم بدليل جواز بيعها وهي مملوكة لصاحب الشجرة لتولدها من ملكه فيكون المصعب صامناً لئله بالإتلاف كولد إجارة والحمل في الشاة إذا أنثفها.

(٦) وفي نسخة من الأصل: وإذا غصب الرجل الأرض فزرعها.

(٧) وفي نسخة من الأصل زاد: هو قول عمر.

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

ويعطي أجر السنة الأولى<sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه أجر مثلها في السنة الثانية. قال: وإذا وجد الرجل كنزاً قديماً في أرض رجل أو داره، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو لرب الدار وعليه الخمس وليس للذي وجده منه شيء<sup>(٢)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو للذي وجده وعليه الخمس<sup>(٣)</sup> ولا شيء لصاحب الدار والأرض فيه. وبه نأخذ، والله أعلم.

## باب في الأجير والإجارة

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا اختلف الأجير والمستأجر في الأجرة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: القول قول المستأجر مع يمينه إذا عمل العمل. وبهذا نأخذ<sup>(٤)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: القول قول الأجير فيما بينه وبين أجر مثله إلا أن يكون الذي ادعى أقل فيعطيه إياه، وإن لم يكن عمل العمل تحالفاً وتراًداً في قول أبي حنيفة رحمه الله، وينبغي كذلك في قول ابن أبي ليلى. وقال أبو يوسف بعد: إذا كان شيء متقارب قبلت قول المستأجر وأحلفته، وإذا تفاوت لم أقبل وأجعل للعامل أجر مثله إذا حلف.

قال: وإذا استأجر الرجل بيتاً شهراً يسكنه فسكنه شهرين أو استأجر دابة إلى مكان

(١) وهو قول محمد. أفاده في الأصل.

(٢) وهو قول الإمام محمد كما ذكره في الأصل.

(٣) وفي نسخة: ويخس، وكذا في الحرف الذي قبله. والمسألة في ختم كتاب الإجارة من المبسوط.

(٤) وبه قال محمد. والمسألة في كتاب الإجارة من المبسوط ص ٩٣ ج ١٥ قال: ولو اختلفا في الأجر وقد عمله عملاً على ما وصفه له، فإن أقاما البينة فالبينة بينة العامل، لأنه يثبت الزيادة في حقه وهو الأجر فترجع بيته بذلك، وإن قال رب الخف: عملته لي بغير أجر، وقال العامل: عملته بدرهم ولا بينة بينهما، فعلى رب الخف اليمين لله ما شرطه على درهم، لأن العامل يدعي عليه الدرهم ديناً في النمة وهو منكر فالقول قول المنكر مع اليمين، فإذا حلف غرم له ما زاد النعل في خفه بعد أن يحلف العامل على دعواه أنه عمل له بغير أجر، لأن رب الخف يدعي عليه هبة النعل، وهو لو أقر به لزمه فإذا أنكر يحلف عليه، وإذا حلف انتفى ما ادعى كل واحد منهما من العقد يقي نعله متصلاً بخف الغير ياذن صاحب الخف فتجب قيمته، لاحتباس ملك الغير عنده، ولا يجب أجر المثل لأن المسقعة لا تقوم إلا بالعقد والتسمية وقد انتفى ذلك، فأما العين متقوم بنفسه، ولو أقاما البينة أخذت بيته العامل، لإثباته الزيادة، إلى أن قال: ولو اختلف القصار ورب الثوب في مقدار الأجرة، فإن لم يكن أخذ في العمل تحالفاً وتراًداً، لأن الإجارة نوع يبيع وقد ورد النص بالتحالف عند اختلاف المتبايعين في البديل فيعم ذلك أنواع البيوع، ثم قال: وإن كان قد فرغ من العمل فالقول قول رب الثوب، إلى أن قال: ولو كان الاختلاف بينهما بعد ما أقام بعض العمل، ففي حصة ما أقام القول قول رب الثوب مع يمينه، وفي حصة ما بقي يتحالفان اعتباراً للبعض بالكل، إلى أن قال: وعلى قول ابن أبي ليلى القول قول الأجير إلى أجر مثله كما في مسألة الصباغ الخ.

فجاوزها ذلك المكان<sup>(١)</sup>، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: الأجر فيما سمي ولا أجر فيما لم يسم، لأنه قد خالف وهو ضامن حين خالف ولا يجتمع عليه الصمان والأجرة. وهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: له الأجر فيما سمي، وفيما خالف إن سلم، وإن لم يسلم ذلك ضمن ولا نجعل عليه أجراً في الخلاف إذا ضمنه.

قال: وإذا تكرر الرجل دابة ليحمل عليها عشرة محاتيم<sup>(٢)</sup> فحمل عليها أكثر من ذلك فغطبت الدابة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو ضامن قيمة الدابة بحساب ما راد عليها وعليه الأجر تماماً إذا كانت قد بلغت المكان. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه قيمتها تامة ولا أجر عليه<sup>(٣)</sup>.

قال: وإذا غرقت السفينة الملاح ففرق الذي فيها وقد حمله بأجر ففرقت في مده أو معالجته السفينة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو ضامن. وبه نأخذ<sup>(٤)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا ضمان عليه في المد خاصة.

(١) وعبد السرخسي: ثم عطبت بعد ضمن قيمتها عندنا ولم يسقط عنه الأجر، وعلى قول ابن أبي ليلى ليس عليه شيء من الأجر. قال: لأن الأجر والصمان لا يجتمعان وقد تقرر عليه الصمان، ولأنه بالضمان ملك المضمون، ولا يوجب عليه الأجر بسبب الاتفاص بملك نفسه، ولكننا نقول: لما انتهى العقد نهاية وتقرر الأجل ديناً في ذمته ثم بالمجاوزة صار غاصباً ضامناً فلا يسقط عنه الأجر بذلك، بمنزلة ما لو أوردناها على صاحبها ثم غصبها منه، وهذا لأن الملك بالصمان إما يثبت له من وقت وجوب الضمان عليه وذلك بعد المجاورة. والأجر إما لرمه بمقابلة مافع استوفاه قبل ذلك. قلت: وذكر المسألة في الإجارة في (ص ١٥١ ج ١٥) أيضاً وقال معللاً لها: لأنه غاصب في السكنى، والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد، وعند ابن أبي ليلى أجر مثلها في الشهر الثاني. وقد بينا نظيره في العارية، وذكرت في ص ١٧٣ من هذا الجزء أيضاً وقال فيها: لم يمس عند الإمام في قوله الأول ثم رجع.

(٢) المختوم: الصاع بعينه عن أبي عبيد، ويشهد له حديث الخدري: «الوسق ستون مختوماً» - من المغرب.

(٣) قال في باب ما يصمن فيه الأجير ص ١٢ ج ١٦ من المبسوط: ولو تكرر دابة ليحمل عليها عشرة محاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختوماً فلما بلغ المقصد عطبت الدابة فعليه: لأجر كاملاً، لاستيفاء المعقود عليه بكامله وهو ضامن ثلث قيمتها بقدر ما راد. وقد بينا هذا في العارية وذكرنا الفرق بينه وبين الجناية في بني آدم أن المعتبر هناك عدد الجساء في حق صمان النفس الخ.

(٤) قال في المبسوط (ص ١٠ ج ١٢): قال أبو حنيفة في الملاح إذا أخذ الأجر فإن غرقت السفينة من ريع أو موج أو شيء وقع عليها أو جبل صدمته فلا ضمان على الملاح، لأن اشتم ما حصل من عمله. وإن غرقت من مده أو معالجته أو حذقه فهو ضامن. لأن هذا من جاية مده والملاح أجير مشترك.

## باب القسمة

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا كانت الدار صغيرة بين اثنين أو شقص قليل في دار لا يكون بيتاً، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: أيهما طلب القسمة وأبى صاحبه قسمت له، ألا ترى أن صاحب القليل ينتفع بنصيب صاحب الكثير؟ وهذا نأخذ<sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يقسم شيء منها.

## باب الصلاة

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا أتى الرجل إلى الإمام في أيام التشريق وقد سبقه بركعة فسلم الإمام عند فراغه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يقوم الرجل فيقضي ولا يكبر معه، لأن التكبير ليس من الصلاة إنما هو بعدها. وبه نأخذ<sup>(٢)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: يكبر ثم يقوم فيقضي.

قال: وإذا صلى الرجل في أيام التشريق وحده أو المرأة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا تكبير عليه ولا تكبير على من صلى في جماعة في غير مصر جامع ولا تكبير على المسافرين. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليهم التكبير. أخبرنا أبو يوسف عن عبيدة<sup>(٣)</sup> عن إبراهيم أنه قال: التكبير على المسافرين وعلى المقيمين وعلى الذي يصلي وحده وفي

(١) قال السرخسي في القسمة (ص ١٣ ج ١٥): فإن كانت دار بين رجلين ولأحدهما فيها بعض قليل لا ينتفع به إذا قسم فأراد صاحب الكثير القسمة قسمها بينهم وإن أبى ذلك صاحب القليل عندنا.

وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا يقسمها، وكذلك إن كان سائر الشركاء لا ينتفعون بأنصابتهم إلا هذا الواحد الطالب للقسمة فإنه يقسمها بينهم، وإن كان الطالب صاحب القليل لم يقسمها إذا كان لا ينفع بنصيبه بعد القسمة وعلى قول ابن أبي ليلى لا يقسمها عند إباء بعضهم إلا إذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة. ثم احتج لكلا القولين.

(٢) قال في المبسوط (ج ٢ ص ٤٥): والمسبوق يتابع الإمام في سجود السهو، لأنه مؤدى في حرمة الصلاة ولا يتابعه في التكبير والتلبية لأنها غير مؤداة في حرمة الصلاة. وعلى هذا إذا نسي الإمام سجود السهو لم يسجد القوم لأنه مؤدى في حرمة الصلاة فكانوا مقتدين به لا يأتون به دونه، وإذا نسي التكبير أو التلبية أو تركهما متأولاً لم يترك القوم لأنها غير مؤداة في حرمة الصلاة.

(٣) هو عبيدة مصفراً ابن معتب بكسر المثناة الضني أبو عبد الرحيم، وفي نسخة عبد الكريم الكوفي. روى عن إبراهيم النخعي وأبي وائل، وعنه شعبة وهشيم. قال ابن عدي: مع ضعفه يكتب حديثه. علق البحاري فرد حديث. وروى له أبو داود والترمذي وابن ماجه.









وتقوم معه طائفة فيكبرون مع الإمام ركعة وسجدين ويسجدون معه فيعتلون من غير أن يتكلموا حتى يقوموا بإزاء العدو ثم تأتي الطائفة التي كانت بإزاء العدو فيستقبلون الخليفة ثم يصلي بهم الإمام ركعة أخرى وسجدين ويسلم الإمام فينفتلون هم من غير تسليم ولا يتكلموا فيقوموا بإزاء العدو وتأتي الأخرى فيصلون ركعة وحداً ثم يسلمون، وذلك لقول الله عز وجل: ﴿وَلَتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكَ﴾. وكذلك بلغنا عن عبد الله بن عباس وإبراهيم النخعي<sup>(١)</sup>.

وكان ابن أبي ليلى يقول: يقوم الإمام والطائفتان جميعاً إذا كان العدو بينهم وبين القبلة فيكبر ويكبرون ويركع ويركعون جميعاً ويسجد الإمام والصف والأول ويقوم الصف الآخر في وجوه العدو، فإذا رفع الإمام رفع الصف الأول رعوهم وقاموا وسجد الصف المؤخر، فإذا فرغوا من سجودهم قاموا ثم تقدم الصف المؤخر، وتأخر الصف الأول فيصلى بهم الإمام الركعة الأخرى كذلك<sup>(٢)</sup> ويحدث بذلك ابن أبي ليلى عن

ذلك بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ...﴾ الآية فقال: إنما أمر بذلك إذا كان فيهم فإذا لم يكن فيهم انقطع ما أمر به من ذلك، قيل له: فقد قال عز وجل: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ...﴾ الآية فكان الخطاب ههنا له، وقد أجمع أن ذلك معمول به من بعده كما كان يعمل به في حياته. ولقد حدثني أحمد بن أبي عمران أنه سمع أبا عبد الله محمد بن شجاع الثلجي يعيب قول أبي يوسف هذا ويقول: إن الصلاة مع النبي ﷺ وإن كانت أفضل من الصلاة مع الناس جميعاً فإنه لا يجوز لأحد أن يتكلم فيها بكلام يقطعها ولا ينبغي أن يفعل فيها شيئاً لا يفعله في الصلاة مع غيره وأنه يقطعها ما يقطع الصلاة خلف غيره من الأحداث كلها، فلما كانت الصلاة خلفه لا يقطعها الذهاب والمجيء واستندار القبلة إذا كانت صلاة خوف، كانت خلف غيره كذلك أيضاً - شرح معاني الآثار ج ١ ص ١٨٩.

(١) أخرجهما أبو يوسف وعمر في آثارهما. أما حديث ابن عباس فمن الإمام عن الخارث عن عبد الرحمن عنه، وأخرجه محمد في كتاب الحج أيضاً. وأما أثر إبراهيم فأخرجه عنه عن حماد عن إبراهيم. قلت: روى أبو داود والطحاوي والبيهقي عن سفيان عن خصيف عن أبي عبيدة عن ابن مسعود مرفوعاً نحو ما روى الإمام عن إبراهيم. وروى عن ابن عمر مرفوعاً نحوه أخرجه مالك والسنن والطحاوي والبيهقي. وروى أبو داود عن عبد الرحمن ابن سبرة أنه صلى في عروة كابل نحوه. وروى عن زيد بن ثابت على ما رواه أبو داود والطحاوي والبيهقي قريباً منه بمكر أن يحمل على ما رواه ابن مسعود، وكذلك صلى بهم سعيد بن العاص بطبرستان حين عمه حديثه، ورواه الطحاوي وغيره.

(٢) قال في المبسوط ج ٢ ص ٤٦: وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان العدو في ناحية القبلة جعل الناس صفين وافتتح الصلاة بهم جميعاً، فإذا ركع الإمام ركعوا معه، وإذا سجد الإمام سجد معه النصف

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

عطاء بن أبي رباح عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ<sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان العدو في دبر القبلة قام الإمام وصف معه مستقبل القبلة والصف الآخر مستقبل العدو ويكبر ويكبرون جميعاً ويركع ويركعون جميعاً ثم يسجد الصف الذي مع الإمام سجدة ثم يفتلون فيستقبلون العدو ويجيء الآخرون فيسجدون ويصلي بهم مع الإمام الركعة الثانية فيركعون جميعاً ويسجد معه الصف الذي معه ثم يفتلون فيستقبلون العدو ويجيء الآخرون فيسجدون ويفرغون ثم يسلم الإمام وهم جميعاً.

قال: وإذا جهر الإمام في صلاة لا يجهر فيها بالقراءة عمداً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: قد أساء وصلاته تامة. وكان ابن أبي ليلى يقول: يعيد بهم الصلاة.

قال: وإذا صلى الرجل أربع ركعات بالليل ولم يسلم فيها، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا بأس بذلك. وكان ابن أبي ليلى يقول: أكره ذلك له حتى يسلم في كل ركعتين. وبه نأخذ<sup>(٢)</sup>.

الأول، والصف الثاني قيام يحرسونه، وإذا رفعوا رعوهم سجد الصف الثاني والصف الأول قعود يحرسونه فإذا رفعوا رعوهم سجد الإمام السجدة الثانية وسجد معه الصف الأول والصف الثاني قعود يحرسونهم، فإذا رفعوا رعوهم سجد الصف الثاني والصف الأول قيام يحرسونهم، فإذا رفعوا رعوهم تأخر الصف الأول وتقدم الصف الثاني فصلى بهم الركعة الثانية بهذه الصفة أيضاً، فإذا قعد وسلم سلموا معه. واستدل بحديث أبي عياش الزرقني رحمه الله أن النبي ﷺ صلى صلاة الخوف بصفان هذه الصفة، وأبو يوسف يجوز صلاة الخوف بهذه الصفة لأنه ليس فيها ذهاب ويجيء. وعندنا إذا كان العدو في ناحية القبلة، فإن صلوا بهذه الصفة أجزأهم وإن صلوا بصفة الذهاب والجمي كما بينا أجزأهم، لأن ظاهر الآية شاهد لذلك قال الله تعالى: ﴿وَلَتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَىٰ لَّيْسَ لَهُمْ صُلْحٌ مِّمَّنْ كَفَرُوا وَلَٰكِنْ هُمْ جُجُوعٌ مُّضْمِرُونَ﴾.

- (١) وأخرجه البيهقي من طريق عبدة ويحيى بن سعيد القطان عن عبد الملك عن عطاء عن جابر. وأخرجه أبو داود والطحاوي والبيهقي من طريق أبي الزبير عن جابر. وأخرجه أبو داود والطحاوي والبيهقي عن مجاهد عن أبي عياش الزرقني رحمه الله مثل حديث جابر.
- (٢) قلت: وهو قول الإمام محمد أيضاً، قال في الميسوط ج ١ ص ١٥٨: والأربع أحب إلي. وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، فأما عندهما فالأفضل ركعتان لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال رسول الله ﷺ: «صلاة الليل مثنى مثنى ففي كل ركعتين تسلم» واستدلوا بالتراويج، فإن الصحابة اتفقوا على أن كل ركعتين منها بتسليم، فدل أن ذلك أصح. ولنا ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها سئلت عن قيام رسول الله ﷺ في ليالي رمضان فقالت: كان قيامه في رمضان وغيره سواء، كان يصلي بعد العشاء أربع ركعات لا تسأل عن حسنهن وطولهن، ثم أربعاً لا تسأل عن حسنهن وطولهن، ثم كان يوتر بثلاث. ولأن في الأربع بتسليم معنى الوصل والتتابع في العبادة فهو أصح. والتطوع نظير الفرائض والفرض في صلاة الليل العشاء وهي أربع بتسليم وكذلك العمل. وأما













قال: وإذا كان للرجل عشرة مثاقيل ذهب ومائة درهم فحال عليها الحال، فإن أما حنيفة رحمته الله كان يقول في الزكاة: يضيف أقل الصنفين إلى أكثرهما ثم يركبه إن كانت الدنانير أقل من عشرة دراهم بدینار تقوم الدراهم دنانير ثم يجمعها جميعاً فتكون أكثر من عشرين مثقالاً من الذهب فيزكها في كل عشرين مثقالاً نصف مثقال فما زاد فليس فيه شيء من الزكاة حتى يبلغ أربعة مثاقيل فيكون فيها عشر مثقال. وإذا كانت الدنانير أكثر من عشرة دراهم بدینار قوم الدنانير دراهم وأضافها إلى الدراهم فتكون أكثر من مائتي درهم. ففي كل مائتين خمسة دراهم ولا شيء فيما زاد على المائتين حتى يبلغ أربعين درهماً، فإذا بلغت ففي كل أربعين زادت بعد المائتين درهم. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا زكاة في شيء من ذلك حتى يبلغ الذهب عشرين مثقالاً وتبلغ الفضة مائتي درهم ولا يضيف بعضها إلى بعض ويقول: هذا مال مختلف بمنزلة رجل له ثلاثون شاة وعشرون بقرة وأربعة أبعرة فلا يضاف بعضها إلى بعض<sup>(١)</sup>. وقال ابن أبي ليلى: ما زاد على المائتي

قلت: قال في المعرب: الوقص دق العنق وكسرها. والوقص أيضاً ما بين الفريصتين كالشق. وقيل الأوقاص في البقر والشناق في الإبل.

(١) وفي المبسوط ج ٢ ص ١٩٢: ولنا حديث بكير بن عبد الله بن الأخيخ رحمته الله قال: من السنة أن يضم الذهب إلى الفضة لإيجاب الزكاة، ومطلق السنة يصرف إلى سنة رسول الله صلی الله علیه وآله، ولأهلها مالان يكمل نصاب أحدهما بما يكمل به نصاب الآخر فيكمل نصاب أحدهما بالآخر كاسود مع البيض واليسابوري من الدنانير مع الفروي. وبيان الوصف أن نصاب كل واحد منهما يكمل بمال التجارة، وهذا لأنهما وإن كانا جنسين مختلفين صورة ففي حكم الزكاة هما جنس واحد حتى يتفق الواجب فيهما فيقدر بربع العشر على كل حال، ووجوب الزكاة فيهما باعتبار مسمى واحد وهو المالية القائمة باعتبار أصلهما، فإذا وجت الزكاة عند ضم أحدهما إلى الآخر: حتمت الرواية فيما يؤدي فروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه يؤدي من مائة درهم درهمين ونصفاً ومن عشرة مثاقيل ذهب ربع مثقال وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف، ووجهه أنه أقرب إلى المعادلة والنظر من الجانبين، وعن أبي يوسف في رواية أخرى أنه يقوم أحدهما بالآخر ثم يؤدي الزكاة من نوع واحد، وهذا أقرب إلى موافقة نصوص الزكاة. ثم اختلفوا في كيفية الضم فقال أبو حنيفة: يضم أحدهما إلى الآخر باعتبار القيمة، وقال أبو يوسف ومحمد: باعتبار الأجزاء، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة، ذكره في نوادر هشام. وبيان ذلك أنه إذا كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب تساوي مائة درهم أو حسون درهماً وعشرة مثاقيل ذهب تساوي مائة وخمسين درهماً، فعند أبي حنيفة يضم أحدهما إلى الآخر ونجب الزكاة، وعندنا يصم باعتبار الأجزاء وقد ملك نصف نصاب أحدهما وربع نصاب الآخر فلا يجب فيهما شيء ثم: عند أبي حنيفة يعتبر في التفويم منفعة الفقراء كما هو أصله حتى روي عنه أنه إذا كان الرجل مائة وخمسة وتسعون درهماً ودينار يساوي خمسة دراهم أنه نجب الزكاة، وذلك أن يقوم الذهب

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

الدرهم والعشرين المثقال من شيء فبحساب ذلك ما كان من قليل أو كثير. وهذا يأخذ في الزيادة<sup>(١)</sup>. وقال أبو حنيفة رحمته الله ليس فيما زاد على المائتين شيء حتى يبلغ أربعين درهماً<sup>(٢)</sup>. وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه<sup>(٣)</sup>. وقال أبو يوسف رحمته الله لا يقوم الذهب ولا الفضة إنما الزكاة على وزنه، جاءت بذلك السنة، إن كان له منها خمسة عشر مثقالاً ذهباً لم يكن عليه فيها زكاة ولو كان قيمتها ألف درهم، لأن الحديث إنما جاء في عشرين مثقالاً. ولو كان له مع ذلك أربعون درهماً لم يزكه حتى يكون خمسين درهماً، فإذا كمل من الأخرى أوجبت فيه الزكاة. وكذلك لو كان نصف من هذا ونصف من هذا ففيه الزكاة فيضيف بعضه إلى بعض ويخرجه دراهم أو دنانير، وإن شاء زكى الذهب والفضة بحصتهما أي ذلك فعل أجزاءه. ولو كان له مائتا درهم وعشرة مثاقيل زكى المائتي درهم بخمسة دراهم وزكى العشرة المثاقيل بربع مثقال.

قال: ولو أن رجلاً له مائتا درهم وعشرة مثاقيل ذهباً، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان

بالفضة. إلى أن قال عتجاً للإمام: أبو حنيفة يقول: هما عينا وجب ضم أحدهما إلى الآخر لإيجاب الزكاة فكان الضم باعتبار القيمة كعروض التجارة، وهذا لأن كمال النصاب لا يكون إلا عند اتحاد الجنس وذلك لا يكون إلا باعتبار صفة المالية دون العين، فإن الأموال أجناس باعتبار أعيانها، جنس واحد باعتبار صفة المالية فيها إلخ.

(١) وبه قال محمد وهو قول علي وابن عمر وإبراهيم النخعي رضي الله عنهم. وقال طاوس: لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ مائتي درهم، ويجب في كل مائتي درهم خمسة دراهم. واحتجوا بحديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «في مائتي درهم خمسة دراهم وما زاد فبحساب ذلك». واحتج أبو حنيفة بحديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «وفي كل مائتي درهم خمسة دراهم وفي كل أربعين درهماً درهم» ولم يرد به في الابتداء فعلم أن المراد به بعد المائتين. وفي حديث معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له: «لا تأخذ من الكسور شيئاً وفي مائتي درهم خمسة دراهم فما زاد على ذلك ففي كل أربعين درهماً درهم» وقاس بالسوائم ففيها وقصر بعد النصاب الأول، وكذلك في النقود بعلّة أن الزكاة واجبة في الكل على وجه يحصل له الطر للفقر وأرباب الأموال. وحديث علي رضي الله عنه لم ينقله أحد من الثقات مرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فالمصير إلى ما رويناه أولى بمبسوط (٣٣/١١).

(٢) وهو قول عمر رضي الله عنه كما في المبسوط (٣٣/١١).

(٣) وفي الجوهر النقي: وروينا من طريق ابن أبي شيبة عن عبدالرحمن بن سليمان عن عاصم الأحول عن الحسن البصري قال: كتب عمر إلى أبي موسى: فما زاد على المائتين ففي كل أربعين درهماً درهم. قال: وأخرجه الطحاوي في أحكام القرآن (٣٥٧/٤) من وجه آخر عن أنس عن عمر نحوه قال: وروى ابن أبي شيبة (٣٥٥/٢) بسند صحيح عن محمد الباقر رفعه: «إذا بلغت خمس أواق ففيها خمسة دراهم وفي كل أربعين درهماً درهم».

يقول: إذا حال عليها الحول يضيف بعضه إلى بعض ويركبه كله. وقال ابن أبي ليلى: هذان مالان مختلفان تجب الزكاة على الدراهم ولا تجب على الذهب. وقال أبو يوسف: فيه الزكاة كله، ألا ترى أن التاجر يكون له المتاع للتجارة وهو مختلف فيقومه ويضيف بعضه إلى بعض ويركبه؟ وكذلك الذهب والفضة. وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أمر رجلاً تاجراً أن يقوم تجارته عند الحول فيزكيها <sup>(١)</sup>.

(١) رواه أبو عبيد في الأموال عن يحيى بن سعيد وأبي معاوية ويريد أي ابن هارون عن يحيى بن سعيد عن عبد الله بن أبي سلمة عن أبي عمرو بن حماس عن أبيه قال: «مر بي عمر فقال: يا حماس أد زكاة مالك، فقلت: ما لي مال إلا جماب وأدم فقال: قومها قيمة ثم أد زكاتها» وأخرجه الشافعي وأحمد وعبد الرزاق وابن أبي شيبة وسعيد بن منصور والبيهقي والدارقطني عنه رحمهم الله.

• رواه الدارمي (٤٦٧/١).

## باب الصيام

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا اكحل الرجل في شهر رمضان أو غير رمضان وهو صائم، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا بأس بذلك. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يكره ذلك <sup>(١)</sup> ويكره أن يدهن شارب بهن يجد طعمه وهو صائم.

قال: وإذا صام الرجل يوماً من شهر رمضان فشك أنه من شهر رمضان ثم علم بعد ذلك أنه من رمضان، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: يجزيه. وبه نأخذ <sup>(٢)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجزيه ذلك وعليه قضاء يوم مكانه.

(١) وفي المبسوط ج ٣ ص ٦٧: والاكحال لا يضر الصائم وإن وجد طعمه في حلقه. وكان إبراهيم يكره للصائم أن يكتحل، وابن أبي ليلى كان يقول: إن وجد طعمه في حلقه فطره لوصول الكحل إلى باطنه. ولنا حديث أبي رافع «أن النبي ﷺ دعا بمكحلة إهد في رمضان فاكتحل وهو صائم». وعن ابن مسعود قال: «خرج رسول الله ﷺ يوم عاشوراء من بيت أم سلمة وعيناه مملوءتان كحلا كحله أم سلمة». وصوم يوم عاشوراء في ذلك الوقت كان فرضاً ثم صار منسوخاً، ثم ما وجد من الطعم في حلقه أثر الكحل لا عينه كمن ذاق شيئاً من الأدوية المرة يجد طعمه في حلقه فهو قياس الغبار والدخان، وإن وصل عين الكحل إلى باطنه فذلك من قبل المسام لا من قبل المسالك إذ ليس من العين إلى الخلق مسلوك، فهو نظير الصائم يشرع في الماء فيجد برودة الماء في كبده وذلك لا يضره. وعلى هذا إذا دهن الصائم شارب به. فأما السعوط والوجور يطره لوصوله إلى أحد الجوفين إما الدماغ أو الجوف. والفطر مما يدخل. ولا كفارة عليه لأن معنى الجنابة لا يتم به، فإن اقتضاء الشهوة لا يحصل به إلا في رواية هشام عن أبي يوسف أن عليه الكفارة إذا لم يكن به عذر.

(٢) قال في المبسوط ج ٣ ص ٦٠: ولنا حديث علي وعائشة رضي الله عنهما أنهما كانا يصومان يوم الشك، وكانا يقولان: لأن نصوم يوماً من شعبان أحب إلينا أن نفطر يوماً من رمضان، وإنما كانا يصومان بنية النفل، لإجماعنا على أنه لا يباح صوم يوم الشك بنية الفرض فلولا أن عند الذين يجوز الصوم عن الفرض لم يكن لهذا التحرز منها معنى.

وقال في ص ٦٣: رجل أصبح صائماً في رمضان قبل أن يتبين أنه من رمضان ثم تبين أنه منه فصومه جائز وقد أساء حين تقدم الناس، ومراده في هذا يوم الشك، ومعنى الشك أن يستوي طرف العلم وطرف الجهل بالشيء، وإنما يقع الشك من وجهين:

إما إن غم هلال شعبان فوقع الشك أنه اليوم الثلاثون منه أو الحادي والثلاثون أدهم هلال رمضان فوقع الشك في اليوم الثلاثين أنه من شعبان أو من رمضان، ولا خلاف أنه يكره الصوم فيه بنية الفرض لقوله ﷺ: «لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين» ولأنه حين بوى الفرض فقد اعتقد الفريضة فيما ليس بعرض وذلك كاعتقاد النعيلة فيما هو فرض، ولكن مع هذا إذا تبين أن اليوم من رمضان فصومه تام، لأن السبي ليس لعين الصوم فلا يؤثر فيه. فأما إذا صام فيه بنية النفل فلا بأس به عندنا، وهو الأفضل.

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

٤٧٧

قال: وإذا أفطرت المرأة يوماً من رمضان متعمدة ثم حاضت من آخر النهار، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: ليس عليها كفارة وعليها القضاء. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليها الكفارة وعليها القضاء <sup>(١)</sup>.

قال: وإذا وجب على الرجل صوم شهرين من كفارة إفطار من رمضان، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: ذاك الشهران متتابعان ليس له أن يصومهما إلا متتابعين. وذكر أبو حنيفة نحوه من ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم <sup>(٢)</sup>. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: ليسا بمتتابعين <sup>(٣)</sup>.

(١) وفي المبسوط ج ٣ ص ٧٥: رجل جامع امرأته في يوم من رمضان ثم حاضت المرأة ومرض الرجل في ذلك اليوم، سقطت عنهما الكفارة عندنا، وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى لا تسقط. إلى أن قال: وقال زفر: تسقط عنها بهذر الحيض ولا تسقط عنه بهذر المرض. وجه قول ابن أبي ليلى أن السبب الموجب للكفارة قد تم وهو الفطر موجبت الكفارة ديناً في الذمة، والحيض والمرض لا ينفيان بقاء الكفارة، ثم الحيض والمرض لم يصادف الصوم هنا فاعتراضهما في اليوم والليلة سواء، وهو قياس السفر بعد الفطر لا يسقط الكفارة ليلاً أو نهاراً. وروى رحمه الله تعالى يفرق ويقول: الحيض ينفي الصوم وصوم يوم واحد لا يتجزى فتقرر المأني في آخره يمكن شبهة المنافاة في أوله فأما المرض لا ينفي الصوم فلا يتمكن بالمرض في آخر النهار شبهة المنافاة في أوله للصوم. ولكننا نقول: المرض ينفي استحقات الصوم بدليل أنه لو لم يفطر حتى مرض يباح به الفطر. والكفارة لا تجب إلا بالفطر في صوم مستحق واستحقاق الصوم في يوم واحد لا ينحرف فتقرر المنافاة للاستحقاق في آخر النهار يمكن شبهة منافاة الاستحقاق في أوله، بخلاف السفر فإنه غير مناف للاستحقاق، حتى لو لم يفطر حتى سافر لا يباح له الفطر فلا يتمكن بالسفر في آخر النهار شبهة في أوله، بخلاف ما إذا لم يفطر حتى سافر ثم أفطر لأن سقوط الكفارة هناك باعتبار الصور المبيحة، والصور المبيحة إنما تعمل إذا اقترنت بالسبب، ولا إسناد في الصوم، إنما ذلك في المعاني، ثم السفر فعله، والكفارة إنما وجبت حقاً لله تعالى فلا يسقط بفعل العبد باختياره. بخلاف المرض والحيض فإنه مساوي لا صانع للعباد فيه، فإذا جاء العذر ممن له الحق سقطت به الكفارة. فإن سافر به مكرها فقد ذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى أن على قول أبي يوسف عليه السلام لا تسقط به الكفارة، لأن الصنع للعباد فيه، فهو قياس ما لو أكره على الأكل بعد ما أفطر، وعلى قول زفر رحمه الله تعالى تسقط، لأنه لا صانع له فيه. ولا اعتماد على هذه الرواية عن زفر رحمه الله تعالى، فإن عنده بالمرض لا تسقط الكفارة فبالسفر مكرها كيف تسقط!!

(٢) أخرجه أبو يوسف عن الإمام عن عطاء عن سعيد بن المسيب مرسلًا وكذلك أخرجه الإمام الحسن بن زياد في مسنده، وطلحة بن محمد وابن المطر وابن حنبل عنه. وأخرجه الإمام محمد في الموطأ عن مالك والبخاري من طريق شعيب كلاهما عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة مسنداً موصولاً وفيه: شهرين متتابعين. والحديث هذا أخرجه الأئمة في كتبهم.

(٣) قال الإمام السرخسي في المبسوط: والصوم مقدر بالشهرين بصفة التتابع إلا على قول أبي ليلى فإنه يقول: إن شاء تابع، وإن شاء فرق بالقياس على القضاء، وما رويناه من الآثار حجة عليه.

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا توضأ الرجل للصلاة المكتوبة فدخل الماء حلقه وهو صائم في رمضان ذاكراً لصومه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: إن كان ذاكراً لصومه حين توضأ فدخل الماء حلقه فعليه القضاء، وإن كان ناسياً لصومه فلا قضاء عليه. وذكر ذلك أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم <sup>(١)</sup>.

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا قضاء عليه إذا توضأ لصلاة مكتوبة، وإن كان ذاكراً لصومه.

وقد ذكر عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: إذا توضأ لصلاة مكتوبة وهو صائم فدخل الماء حلقه فلا شيء عليه، وإن كان توضأ لصلاة تطوع فعليه القضاء.

قلت: أشار إلى ما ذكر من الأحاديث التي ذكرها قبيل ذلك. منها الحديث الذي ذكرت تخريجه، ومنها ما ذكره بقوله: ولنا قول النبي ﷺ: «من أفطر في رمضان متعمداً فعليه ما على المطاهر».

قلت: قال في الدراية: لم أجده هكذا.

وأخرجه الدارقطني (أي حديث الأعرجي) من طريق مجاهد عن أبي هريرة أن النبي ﷺ أمر الذي أفطر يوماً من رمضان بكفارة الظهار إلخ.

(١) وأخرجه عنه من طريق الإمام في آثاره أيضاً. وأخرجه الإمام محمد أيضاً في آثاره عنه. قال محمد: وبه نأخذ إن كان ذاكراً لصومه، فإذا كان ناسياً لصومه فلا قضاء عليه، وهو قول أبي حنيفة.

قلت: قال الإمام السرخسي في مبسوطه ج ٣ ص ٦٦: ولنا ما روي أن النبي ﷺ قال للقيط بن صبرة: «بالغ في المضمضة والاستنشاق إلا أن تكون صائماً» فالتفتي عن المبالغة التي فيها كمال السنة عند الصوم دليل على أن دخول الماء في حلقه مفسد لصومه، ولأن ركن الصوم قد انعدم مع عذر الخطأ، وأداء العبادة بدون ركنها لا يتصور، وهكذا القياس في الناسي، لكنا تركناه بالسنة وهذا ليس في معناه، لأن التحرز عن النسيان غير ممكن والتحرز عن مثل هذا الخطأ ممكن. ثم ركن الصوم قد انعدم معنى، فإن الذي حصل له وإن كان مخطئاً قد انعدم صورة لا معنى بأن يتناول حصاة فسد صومه، فإذا انعدم معنى أولى، لأن مراعاة المعاني في باب العبادات أبين من مراعاة الصور. وكان ابن أبي ليلى يقول: إن كان وصوؤه فرضاً لم يفسد صومه، وإن كان نقلاً فسد صومه لهذا.

وقال بعض أهل الحديث: إن كان في الثلاث لا يفسد صومه، وإن جاور الثلاث يفسد صومه، ومهم من فصل بين المضمضة والاستنشاق في الوضوء والجنابة والاعتماد على ما ذكرنا. وتأويل الحديث (عني به «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان. وما استكروهوا عليه» كما ذكره قل هذا الاستدلال) أن المراد رفع الإثم دون الحكم وبه نقول. قلت: حديث لقيط بن صبرة أخرجه البيهقي من طريق سفيان عن إسماعيل بن كثير عن عاصم بن لقيط بن صبرة عن أبيه.

## باب في الحج

قال أبو يوسف: وكان أبو حنيفة رحمته الله يقول: لا تشعر البدن ويقول: الإشعار مثله<sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: الإشعار في السنام من الجانب الأيسر. وبه نأخذ. قال: وإذا أهل الرجل بعمره فأفسدها فقدم مكة وقضاها، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يحزبه أن يقضيها من التنعيم. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يحزبه أن يقضيها إلا من ميقات بلاده<sup>(٢)</sup>.

قال: وإذا أصاب الرجل من صيد البحر شيئاً سوى السمك، فإن أبا حنيفة رحمته الله

(١) وفي مبسوط السرخسي ج ٤ ص ١٣٨: وأما الإشعار فهو مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما هو حس في البدنة وإن ترك لم يضره. وصفة الإشعار هو أن يصرب بالصمغ في أحد جاسي سنام البدنة حتى يخرج الدم منه ثم يلطخ بذلك الدم سنامه. سمي ذلك إشعاراً بمعنى أنه جعل ذلك علامة له.

والإشعار: هو الإعلام. وكان ابن أبي ليلى يقول: الإشعار في الجانب الأيسر من السنام. وقد صح في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أشعر البدن بيده. وهو مروي عن الصحابة ظاهر حتى قال الطحاوي: ما كره أبو حنيفة أصل الإشعار وكيف يكره ذلك مع ما اشتهر فيه من الآثار؟! وإنما كره إشعار أهل زمانه، لأنه رآهم يستقصون ذلك على وجه يحاف منه هلاك البدنة لسرايته خصوصاً في حر الحجاز فرأى الصواب في سد هذا الباب على العامة، لأنهم لا يراعون الحد. فأما من وقف على ذلك بأن قطع الجلد فقط دون اللحم فلا بأس بذلك. ثم حجتهم من حيث المعنى، لأن المقصود من الإشعار والتقليد إعلام بأنها بدنة حتى إذا ضلت ردت، وإذا وردت الماء واللف لم تمنع، لكن هذا المقصود بالتقليد لا يتم لأن القلادة تحل ويحتمل أن تسقط منه فإنما يتم بالإشعار لأنه لا يفارقه فكان الإشعار حسناً لهذا. وأبو حنيفة يقول: معنى الإعلام بالتقليد يحصل، وهو لإكرام البدنة، وليس في الإشعار معنى الإكرام، بل ذلك يؤذي البدنة، ولأن التجليل مندوب إليه، وإما كان مندوباً لدفع أذى الذباب، والإشعار من جواب الذباب فلهذا كرهه أبو حنيفة رحمته الله.

(٢) قال السرخسي في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى من مبسوطه محتجاً لاس أبي ليلى: لأنه إنما يقضي ما فاته فعليه أن يقضيها كما فاته. ثم القضاء بصفة الأداء، فإذا كان هو في أداء هذه العمرة إنما أحرم لها من الميقات فكذلك في القضاء، ولكننا نستدل بحديث عائشة رضي الله عنها، فإنها لما حاضت بسرف بعد ما أحرمت قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ارفعي عمرتك واصعي جميع ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت» ثم أمر أخاها عبدالرحمن بن أبي بكر رضي الله عنهما أن يعمرها من التنعيم مكان عمرتها التي فاتتها، ولأن ما يلزمه بالشروع مضى بما يلزمه بالنذر. ومن نذر عمره فأداها من التنعيم خرج عن موجب نذره، ولأنه وصل إلى مكة بالإحرام الفاسد فيجعل كما لو وصل إليها بإحرام صحيح، فكما أن هناك يكون هو بمنزلة أهل مكة في الإحرام في الحج والعمرة الواجب وغير الواجب في ذلك سواء، فكذلك هنا هو بمنزلة أهل مكة في حكم قضاء هذه العمرة.

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

كان يقول: لا خير في شيء من صيد البحر سوى السمك، وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا بأس بصيد البحر كله<sup>(١)</sup>.

وقال أبو يوسف رحمه الله: سألت أبا حنيفة رحمته عن حشيش الحرم فقال: أكره أن يرعى من حشيش الحرم شيئاً أو يحتش<sup>(٢)</sup> منه. قال: وسألت ابن أبي ليلى عن ذلك فقال: لا بأس أن يحتش من الحرم ويرعى منه<sup>(٣)</sup>. قال: وسألت الحجاج بن أرطاة فأخبرني أنه سأل عطاء بن أبي رباح فقال: لا بأس أن يرعى وكره أن يحتش. وبه نأخذ. قال أبو

(١) قال السرخسي: والذي يرخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة فأما طير البحر لا يرخص فيه للمحرم، ويجب الجزاء بقتله. وهذا لأن الله تعالى أباح صيد البحر مطلقاً بقوله عز وجل: ﴿أَجَلٌ لَّكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾ الآية. فالبحر والحلال فيه سواء، ولأن المحرم بالنص قتل الصيد على المحرم والقتل في صيد البحر لا يتحقق، ولأن صيد البحر ما يكون بحري الأصل والمعاش كالسمك، فأما الطير فهو بري الأصل بحري المعاش، لأن تولده يكون في البر دون الماء فيكون من صيد البر، ألا ترى أن ما يكون مائي الأصل وإن كان قد يعيش في البر كالصفدع جعل مائياً باعتبار أصله. حتى لا يجب على المحرم بقتله شيء. فكذلك ما يكون بري الأصل لا يرخص للمحرم فيه. قال ابن الممام في الفتح: واختلف في أنه هل يباح كل ما كان من صيد البحر أو ما يحل أكله منه فقط؟ ففي المحيط: كل ما يعيش في الماء يحل قتله وصيده للمحرم اهـ. قال بعضهم: كالسمك والصفدع والسرطان وكلب الماء. وفي مناسك الكرماني: الذي يرخص من صيد البحر هو السمك خاصة، والأصح هو الأول، لأن قوله تعالى: ﴿أَجَلٌ لَّكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ﴾ يتناول بحقيقته عموم ما في البحر. وفي البدائع: أما صيد البحر فيحل اصطياؤه للحلال والمحرم جميعاً مأكولاً أو غير مأكول، واستدل بالآية، وأما ما في الأصل من قوله: والذي يرخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة فأما الطير فلا يرخص فيه للمحرم، فقد شرحه في المبسوط بما يفيد تعميم الإباحة وأن المراد ما يقابل المائي بالسمك، فالصفدع جعله شمس الأئمة في المبسوط من صيد البحر مطلقاً، وكذا قاضيخان. قلت: نص الإمام بقوله: «لا خير في شيء من صيد البحر سوى السمك» يأبى تأويلهم بما يفيد تعميم الإباحة بل المفهوم منه المصرح تخصيص الإباحة بالسمك. فالصحيح قول الكرماني دون ما في المحيط، والله أعلم.

(٢) في المغرب: وحششت الحشيش: قطعته. واحتششته: جمعته - عن الجوهري.

(٣) وفي المبسوط ج ٤ ص ١٠٤: وكما لا يرخص في قطع الحشيش في الحرم بالمنجل وكذلك لا يرخص في رعي الدواب في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا بأس بالرعي، لأن الذين يدخلون الحرم للحج أو العمرة يكونون على الدواب ولا يمكنهم منع الدواب من رعي الحشيش ففي ذلك من الحرج مالا يخفى فيرخص فيه لدفع الحرج. وعلى قول ابن أبي ليلى لا بأس بأن يحتش ويرعى لأجل البلوى والضرورة فيه. فإنه يشق على الناس حمل علف الدواب من خارج الحرم، ولكن أبو حنيفة ومحمد استدلا بقوله تعالى: ﴿لَا يَخْتَلِي حَالَهَا وَلَا يَعْصِدُ شَوْكَهَا﴾ وفي الاحتشاش ارتكاب النهي، وكذلك في رعي الدواب لأن مشاعر الدواب كالمناجل. وإنما نعتبر البلوى فيما ليس فيه نص بخلافه، فأما مع وجود النص لا معتبر به.

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ٤٨١

يوسف رحمه الله: سألت أبا حنيفة رحمه الله <sup>(١)</sup> قال: لا بأس أن يخرج من تراب الحرم وحجارته إلى الحل. وبه تأخذ <sup>(٢)</sup>. قال: وسعت ابن أبي ليلى يحدث عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أنهما كرها أن يخرج من تراب الحرم وحجارته إلى الحل شيئاً. وحدثنا شيخ عن رزين <sup>(٣)</sup> مولى علي بن عبد الله بن عباس <sup>(٤)</sup> أن علي بن عبد الله كتب إليه أن يبعث إليه بقطعة من المروة <sup>(٥)</sup> يتخذها مصلى يسجد عليها <sup>(٦)</sup>. قال: وإذا أصاب الرجل حماماً من حمام الحرم، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: عليه قيمته. وبه تأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه شاة. وسعت ابن أبي ليلى يقول في حمام الحرم عن عطاء بن أبي رباح شاة <sup>(٧)</sup>.

(١) كذا في الأصل ولعل بعض العبارة سقط من الأصل نحو قوله عن إخراج تراب الحرم أو نحوه. والله أعلم.

(٢) قال الإمام السرخسي محتجاً لأئمتنا: ولكننا نقول: ما جاز الانتفاع به في الحرم يجوز إخراجهُ من الحرم كالنبات، وما لا يجوز إخراجهُ من الحرم لا يجوز الانتفاع به في الحرم كالصيد، وبالإجماع له أن ينتفع بالحجارة والتراب في الحرم، فيكون له أيضاً إخراج ذلك من الحرم. وما روي عن عمر (كذا) وابن عباس شاذ فقد ظهر عمل الناس بخلافه، فإنهم تعارفوا إخراج القدور من الحرم من غير تكثير منكر، وإخراج التراب الذي يجمعونه من كنس سطح البيت ونحو ذلك ويتبركون بذلك، وكل أثر شاذ يكون عمل الناس ظاهراً بخلافه فإنه لا يكون حجة.

(٣) لم أجده في الكتب الموجودة عندي.

(٤) علي بن عبد الله بن عباس الهاشمي أو محمد المدني. روى عن أبيه وأبي هريرة. وعنه بنوه محمد وعيسى وداود وسليمان وغيرهم. قال ابن سعد: ثقة، قليل الحديث، أجمل من علي وجه الأرض. ولد سنة أربعين، كان يسجد كل يوم ألف سجدة. مات سنة ١١٧.

(٥) في المغرب: المروة حجر أبيض رقيق يجعل منه المظار وهي كالكسكاكين ليذبح بها.

(٦) صمير المؤنث، وكان في الأصل عليه بتذكير الضمير وليس بصواب إلا أن يكون بتأويل آخر.

(٧) وهو قول محمد أيضاً. وفي المبسوط ج ٤ ص ٨٣: وأبو حنيفة وأبو يوسف أخذوا بقول ابن عباس رضي الله عنهما فإنه قسر المثل بالقيمة. والمعنى الفقهي يشهد له، فإن الحيوان لا مثل له من جنسه، ألا ترى أن في حق حقوق العباد يكون الحيوان مضموناً بالقيمة دون المثل فكذلك في حقوق الله تعالى، وكما أن المثل منصوص عليه هنا فكذلك في حقوق العباد في قوله تعالى ﴿فَاعْتَدُوا لَهُ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَ عَلَىٰ نَفْسِكُمْ﴾ يوضحه أن المماثلة بين الشيئين عند اتحاد الجنس أبلغ منه عند اختلاف الجنس، فإذا لم تكن النعمة مثلاً للنعمة كيف تكون البدنة مثلاً للنعمة وأمثل من الأساء المشتركة فمن ضرورة كون الشيء مثلاً لغيره أن يكون ذلك الغير مثلاً له، ثم لا تكون النعمة مثلاً للبدنة عند الإلتلاف، فكذلك لا تكون البدنة مثلاً للنعمة، وإذا تعدد اعتبار المماثلة صورة وحب اعتبارها بالمعنى وهو القيمة. فأما قوله: ﴿مَنْ أَلْعَمَرُ﴾ فقد قيل: فيه تقديم وتأخير ومعناه فجزء مثل ما قتل يحكم به ذوا عدل منكم من النعم هدنياً بالغ الكعبة. إلى أن

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وسئل أبو حنيفة عن المحرم يصيب الصيد فيحكم عليه فيه عناق أو جمرة أو شه ذلك فقال: لا يجرى في هدي الصيد إلا ما يجرى في هدي المتعة: الجذع من الضأن إذا كان عظيمًا أو الثني من المعز والبقر والإبل فما فوق ذلك لا يجرى ما دون<sup>(١)</sup> ذلك، ألا ترى إلى قول الله عز وجل في كتابه في جزاء الصيد: ﴿هَدْيًا بَلِغَ الْكَعْبَةِ﴾ وسألت ابن أبي ليلى عن ذلك فقال: يبعث به وإن كان عناقًا أو حملا. قال أبو يوسف: آخذ بالأثر في العناق والجفرة. وقال أبو حنيفة رحمته في ذلك كله قيمته. وبه نأخذ<sup>(٢)</sup>.

قال: وإيجاب الصحابة لهذه النظائر لا باعتبار أعيانها بل باعتبار القيمة، إلا أنهم كانوا أرباب المواشي فكان ذلك أبسر عليهم من النقود، وهو نظير ما قال علي رضي الله عنه في ولد المغرور: «وفيك الغلام بالغلام، والجارية بالجارية» المراد القيمة. والاختلاف في هذه المسألة في فصول: أحدها ما بيننا، والثاني أن الذي أتى الحكمين يقوم الصيد فإذا ظهرت قيمته فالحيار إلى المحرم بين التكفير بالهدي والإطعام والصيام في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد الحيار إلى الحكمين، فإذا عينا نوعًا عليه يلزمه التكفير به بعينه. والتفصيل في المبسوط فمن شاء زيادة التفصيل فليراجع.

(١) وفي المبسوط ج ٤ ص ٩٣ ولأن الواجب بالنص هنا الهدي قال الله تعالى: ﴿نَلِّغَ الْكَعْبَةَ﴾ فهو بمنزلة هدي المتعة والقران فكما لا يجرى الحمل والعناق في هدي المتعة والقران لا يجرى هنا (أي في هدي الجزاء) وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى جوزوا ذلك في جزاء الصيد استحسانًا بالأثار التي جاءت به، فإن الصحابة قالوا: في الأرنب عناق وفي البربوع جفرة، ولأن الرجل قد يسمي الدراهم والثوب هديًا. ألا ترى أن الرجل لو قال: لله علي أن أهدي هذه الدراهم، يلزمه أن يفعل ذلك فالحمل والعناق أولى في ذلك ولا يستقيم قياسه على المتعة لأنه قياس المنصوص بالمنصوص، ولأن الهدي قد يكون عناقًا وفصيلًا وجدنيًا، ألا ترى أنه لو أهدي ناقة فنتجت كان ولدها هديًا معها ينحر؟ ولو كان غير هدي لكان يتصدق به كذلك قبل النحر، ولكن أبو حنيفة يقول: أجوزه هديًا تبعًا لا مقصودًا كما لا يجوز التضحية تبعًا لا مقصودًا إذا تحت الأضحية.

(٢) كذا في الأصل: في ذلك كله قيمته. وبه نأخذ. والصواب حذف وبه نأخذ، لأن أبا يوسف يخالفه في العناق والجفرة كما قال قبيل ذلك، وإضا يوافق في الذي لم تبلغ قيمته عناقًا ولا جمرة. والمراد من القيمة تكفيره بالإطعام أو الصيام. قال في المبسوط (ج ٤ ص ٩٣): فإذا بلغت قيمة شيء من هذه الحيوانات حملا أو عناقًا لم يجره الحمل ولا العناق من الهدي في قول أبي حنيفة وأدنى ما يجرى في ذلك الجذع العظيم من الضأن أو الثني من غيرها، فإن كان الواجب دون ذلك كفر بالإطعام أو الصيام، وجعل هذا قياس الأضحية فكما لا يجرى هناك التقرب بإرافة دم الحمل والعناق مقصودًا فكذلك هنا.

ودكر<sup>(١)</sup> عن خصيف الحرري<sup>(٢)</sup> عن أبي عبيدة<sup>(٣)</sup> عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال: في بيض النعامة يصيبه المحرم شئ. وحدثنا داود بن أبي هند<sup>(٤)</sup> عن عامر مثله. وسعت<sup>(٥)</sup> من ليلى ليلي يقول عن عطاء بن أبي رباح: في البيضة درهم. وقال أبو حنيفة رحمه الله: قيمتها<sup>(٦)</sup>.

### باب الديات

قال أبو يوسف رضي الله تعالى عنه: وإذا قتل الرجل الرجل عمداً وللمقتول ورثة صغار وكبار، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: للكبار أن يقتلوا أصحابهم إن شاعوا<sup>(٧)</sup>. وكان ابن أبي ليلى

(١) قوله وذكر عن خصيف أي حدث أبو يوسف عن خصيف الحرري ورواه في آثاره أيضاً عنه. ورواه طائفة بن محمد من طريق عبيد الله بن موسى ولبي يوسف وابن خسر من طريق ابن رباح عن الإمام أبي حنيفة عن خصيف - الحديث. قلت: رواه البيهقي عن أبي حنيفة عن خصيف، ومن طريق الشافعي عن سعد عن سعيد بن بشير عن قتادة عن أبي عبيدة - الحديث، ورواه مرفوعاً أيضاً عن أبي هريرة وغيره.

(٢) هو خصيف بن عبد الرحمن الحضرمي بكسر المعجمة الأولى، الأموي مولاهم، أبو عمرو الحرثي الجفزي. روى عن مجاهد وعكرمة وأبي عبيدة بن عبد الله، وعنه ابن إسحاق والسجستاني. وحدثني روى له الأربعة. ضعفه أحمد. وثقه ابن معين وأبو زرعة. قال ابن عدي: إذا حدث عن ثقة فلا بأس به. توفي سنة ١٣٦ وقيل ٣٧.

(٣) هو عامر بن عبد الله بن مسعود الهذلي، أبو عبيدة الكوفي. روى عن أبيه في السنن الأربعة. قال عمرو بن مرة: سأله هل تذكر عن عبد الله شيئاً؟ قال: لا. وروى عن أبي موسى وكعب بن عجرة، وعنه إبراهيم النخعي ومجاهد ونافع بن جبير. فقد ليلة دجيل سنة إحدى وثمانين. قلت: روى له الستة.

(٤) هو داود بن أبي هند القشيري مولاهم، أبو بكر المصري أحد الأعلام. روى عن ابن النصب وأبي العالية والشعبي وعاصم الأحول وأبي عثمان النهدي وخلق، وعنه يحيى بن سعيد قريبه وقاتدة كذلك وشعبة والثوري وحمام بن سلمة وخلق. روى له الخمسة والبحاري تعليقاً. وثقه أحمد والمجلي وأبو حاتم والنسائي. مات سنة تسع وثلاثين ومائة، وقيل أربعين.

(٥) وفي المبسوط ج ٤ ص ٩٣: وفي بيض النعامة على المحرم قيمته. وفي الكتاب أي كتاب الأصل رواه عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما أوجبا في بيض النعامة القيمة. قلت: حديث ابن مسعود رواه ابن أبي شيبة والبيهقي. وحديث عمر رواه ابن أبي شيبة عن إبراهيم عنه منقطعاً.

(٦) قلت: وهو قول مالك أيضاً. قال في المبسوط ج ٢٦ ص ١٧٤: وأبو حنيفة استدل بما روي أن عبد الرحمن بن ملجم لما قتل علياً عليه السلام قتله الحسن عليه السلام به قصاصاً وقد كان في أولاد علي صغار ولم ينتظر بلوغهم وإنما فعل ذلك بأمر علي على ما روي أنه لما بلغه أن ابن ملجم أخذ قاتل للحسن: إن عشت رأيت فيه رأيي وإن مت فاقتله إن شئت. قال: واضربه صربة كما صرسي. وفي رواية: وإياك والمثلة فقد نهى رسول الله ﷺ عن المثلة ولو بالكلب العقور. ولا يقال: إنما قتله لأنه كان مرتدًا مستحلاً لقتله إمام المسلمين على ما روي أنه قتله وهو يتنقو فونه تعالى: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْرِي نَفْسَهُ أَتَيْتَهُ مَرْضَاتٍ آلِهَةً﴾ لأنه وإن كان إمام المسلمين وكان قتله دنياً عظيماً فلا يصير به القاتل مرتدًا إنما ذلك للأنبياء خاصة واستحلاله كان بالتأويل فإنه كان من جملة أهل البغي وهم يستحلون دماء أهل العدل وأموالهم، ألا ترى أنه علقه عتبة فقال: قتله

يقول: ليس لهم أن يقتلوا حتى يكبر الأصغر. وبه نأخذ<sup>(١)</sup>.  
 حدثنا أبو يوسف عن رجل عن أبي جعفر أن الحسن بن علي رضي الله عنهما قتل  
 ابن ملجم بعلي<sup>(٢)</sup> وقال أبو يوسف: وكان لعلي أولاد صغار.  
 قال: وإذا اقتتل القوم فانجلوا<sup>(٣)</sup> عن قتل لم يدر أيهم أصابه، فإن أبا حنيفة  
 كان يقول: هو على عاقلة القبيلة التي وجد فيها إذا لم يدع ذلك أولياء القتل على  
 غيرهم. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول: هو على عاقلة الذين اقتتلوا جميعاً إلا أن  
 يدعي أولياء القتل على غير أولئك. وهذا نأخذ<sup>(٤)</sup>.  
 قال: وإذا أصيب الرجل وبه جراحة فاحتمل فلم يزل مريضاً حتى مات، فإن أبا  
 حنيفة كان يقول: ديته على تلك القبيلة التي أصيب فيهم. قال محمد: وبه نأخذ<sup>(٥)</sup>.

إن شئت وآخره إلى ما بعد موته؟ ولو كان مرتداً لما أخرج علي قتله. ولا يقال: قتله حداً لسعيه في  
 الأرض بالفساد حتى قتل إمام المسلمين، لأن الساعي بالفساد يقتل الإمام لا يقتل قصاصاً. ألا  
 ترى أنه اعتبر المماثلة بقوله: «فأضربه كما ضربني» وقد ذكر المزني عن الشافعي قال: قتل ابن  
 ملجم علياً متاولاً فأقيد به فدل أنه قتل قصاصاً إلخ. والتفصيل في المبسوط فإنه أطلال وأجاد.  
 (١) قلت: وهو قول الإمام محمد أيضاً. أفاده السرخسي.  
 (٢) وأخرجه البيهقي من طريق الشافعي عن أبي يوسف هكذا، وأخرجه في باب الرجل يقتل واحداً  
 من المسلمين على التأويل من طريق الشافعي عن إبراهيم بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن  
 علياً قال في ابن ملجم بعد ما ضربه: «أطعموه واسقوه، وأحسنوا إساره. فإن عشت فانا ولي  
 دمي أعفو إن شئت، وإن شئت استقدت، وإن مت فقتلتهم فلا تثلوا» وذكر في الاستيعاب  
 قصته بالاستيعاب.

(٣) في المبسوط: وأجلوا عن قتل مكان تجلوا. وفي المغرب: وأجلوا عن قتل انكشفوا عنه وانفجوا.  
 (٤) وفي المبسوط: وأما إذا أجلوا عن قتل ولا يعلم أيهم أصابه، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد على عاقلة  
 القبيلة الذين اقتتلوا جميعاً، وإليه رجع أبو يوسف. ذكرنا هنا قوله. وقد بينا المسألة في الديات.  
 (٥) وفي المبسوط ج ٢٦ ص ١١٨: فإن كان صحيحاً يجيء ويذهب فلا شيء فيه. قال: وجه قولنا  
 أنه إذا كان صاحب فراش فهو مريض والمرض إذا اتصل به الموت يجعل كالمت، ألا ترى أن في  
 حكم التصرفات جعلت هذه الحال كالحال بعد موته؟ وكذلك في حكم القسامة والدية يجعل  
 كأنه مات حين جرح في ذلك الموضع، فأما إذا كان صحيحاً يذهب ويجيء فهو في حكم  
 التصرفات لم يجعل كالمت من حين جرح وكذلك في حكم القسامة والدية. وعلى هذا الخرج  
 إذا وجد على ظهر إنسان يحمله إلى بيته فمات بعد يوم أو يومين فإن كان صاحب فراش حتى  
 مات فهو على الذي يحمله، كما لو مات على ظهره، وإن كان يذهب ويجيء فلا شيء على من  
 حمله. وفي قول ابن أبي ليلى لا شيء في الوجهين.

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ٤٨٥

وكان ابن أبي ليلى يقول: ليس عليهم شيء. وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول: الفصاص لكل وارث. وبه نأخذ <sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يجعل لكل وارث قصاصاً إلا الزوج والمراة.

قال: وإذا وجد القاتل في قبيلة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: القسامة على أهل الخطة والعقل عليهم وليس على السكان ولا على المشتريين شيء. وبه نأخذ <sup>(٢)</sup>. ثم قال أبو

(١) قال السرخسي في المبسوط ج ٢٦ ص ١٥٧: وكذلك يشت حق الروح والزوجة في الفصاص عندنا، وعلى قول ابن أبي ليلى لا يشت حقهما في القصاص لأن سبب استحقاقهما العقد، والقصاص لا يستحق بالعقد، ألا ترى أن حق الموصي له لا يشت في القصاص؟ وهذا لأن المقصود في القصاص التشفي والانتقام وذلك يختص به الأقارب الذين يصبر بعضهم بعضاً. وحجتنا في ذلك قول النبي عليه الصلاة والسلام: «من ترك مالا أو حقاً فلورثته» والقصاص حقه، لأنه بدل نفسه فيكون ميراثاً لجميع ورثته كالدية، والدليل عليه أن استحقاق الإرث بالزوجة كاستحقاقه بالقرابة حتى لا يتوقف على القبول ولا يرتد بالرد، وبه فارق الوصية. وهذا يبين أن الاستحقاق ليس بالعقد.

(٢) وفي المبسوط ج ٢٦ ص ١١٢: وإذا وجد القاتل في قبيلة بالكوفة وفيها سكان وفيها من قد اشترى من دورهم فالقسامة والدية على أهل الخطة دون السكان والمشتريين. وهذه فصول: أحدها أنه ما بقي في المحلة أحد من أصحاب الخطة فليس على المشتريين من ذلك شيء في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وفي قول أبي يوسف وهو قول ابن أبي ليلى: المشتريون في ذلك كأصحاب الخطة، لأنهم قاموا مقام البائع، ولأنهم ملاك لبعض المحلة كأصحاب الخطة، وفيما يجب باعتار الملك لا يختلف باختلاف سبب لذلك كاستحقاق الشفعة، ألا ترى أن القاتل الموجود في دار رجل لا فرق بين أن يكون صاحب الدار مشترياً أو صاحب حصة؟ فكذلك في القاتل الموجود في المحلة، وأبو حنيفة ومحمد قالوا: صاحب الخطة أخص بتدبير المحلة من المشتريين، ألا ترى أن المحلة تسب إلى أصحاب الخطة دون المشتريين وأن المشتريين فلما يراحمون أهل الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة؟ فكان صاحب الخطة أخص بحكم القسامة والدية من المشتريين أيضاً، بمسلة صاحب الدار في القاتل الموجود في داره مع أهل المحلة لما كان هو أخص بالتدبير في داره كان موجب ذلك عنه. ثم المشتريون أتباع لأصحاب الخطة، وما بقي شيء من الأصل يكون الحكم له دون التابع. وقيل إما أجاب أبو حنيفة رحمه الله ههنا بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في زمانه أن أصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركونهم المشتريون في ذلك، فأما إذا لم يبق من أصحاب الخطة أحد وفيها سكان ومشتريون فهي عليهم. وهو قول ابن أبي ليلى، لأن رسول الله ﷺ قضى بها على أهل خيبر وقد كانوا سكاناً، ألا ترى أن عمر رضي الله عنه أجلاهم منها إلى الشام؟ وجه قول أبي حنيفة محمد رضي الله عنهما أن التدبير في أهل المحلة إلى أصحاب الملك دون السكان، لأن السكان ينتقلون في كل وقت من محلة إلى محلة دون أصحاب الملك. والدليل عليه أن ما يسي من القسم شرعاً على القرب يختص به أصحاب الملك دون السكان وهو الشفعة، فكذلك ما يكون من الغرم شرعاً، ولا حجة في حديث خيبر فإنهم كانوا ملأاً قد أقرهم رسول الله ﷺ ونكه استثنى بقوله: أفركم ما أفركم الله، فلهذا أجلاهم عمر رضي الله عنه، وما وظف عليهم كان بطريق الخراج. إلا أن يقال تملك عليهم الأراضي، وقد بينا هذا في المزارعة.

يوسف بعد: على المشتري والسكان وأهل الحطة. وكان ابن أبي ليلى ضد ابن أبي حنيفة. والسكان والمشتري معهم وأهل الحطة وكذلك إذا وجد في الدار معهم على أهل الحطة قليلة تلك الدار والسكان الذين فيها في قول ابن أبي ليلى. وكان أبو حنيفة ضد على عاقلة أرباب الدور خاصة وإن كانوا مشترين. وأما السكان فلا. وهذا تأخذ ثم رجع أبو يوسف إلى قول ابن أبي ليلى. وقول أبي حنيفة المعروف: ما بقي من أهل الحطة رحل فليس على المشتري شيء.

قال: وإذا قطع رجل يد امرأة أو امرأة يد رجل، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ليس في هذا قصاص، ولا قصاص فيما بين الرجال والنساء فيما دون النفس<sup>(١)</sup> ولا فيما بين الأحرار والعبيد فيما دون النفس، ولا قصاص بين الصبيان في النفس ولا غيرها. وكذلك حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم. وبه تأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: القصاص بينهم في ذلك وفي جميع الجراحات التي يستطيع فيها القصاص.

قال: وإذا قتل الرجل رجلاً بحلاً بعضاً أو بحجر فصر به صربات حتى مات من ذلك، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا قصاص بينهما. وكان ابن أبي ليلى يقول: بينهما القصاص. وبه تأخذ<sup>(٢)</sup>.

(١) قال السرخسي في مسوطه ج ٢٦ ص ١١٣: ولو وجد القاتل في دار رجل قد اشتراها وهو من غير أهل الحطة فأهل الحطة براء من ذلك والقسامة على صاحب الدار، وعلى قومه الدية، لأن التدبير في حط الملك الخاص إلى المالك دون أصحاب الحطة من أهل المحلة، والقتل السوحد في ملك خاص يجعل كأن صاحب الملك هو القاتل له في حكم القسامة والدية، ولهذا كانت القسامة عليه والدية على عاقلته.

(٢) قال السرخسي في مسوطه ج ٢٦ ص ١٣٦: ولكننا نقول: لا مماثلة بين طرف الرجل وطرف المرأة في السفعة ولا في البدل. والمماثلة معتبرة في القصاص في الأطراف بدليل أن الصحيحة لا تستوفي بالشلاء للتفاوت بينهما في البدل والسفعة. ولا معنى لقولهم: إن الشلاء ميتة لا روح فيها، لأن استيفاءها في القصاص حائر ويقطعها يتألم صاحبها ويحب حكومة العدل لقطعها. فمعرفاً أن الحياة فيها باقية ولكن التفاوت في البدل فلا تقطع الصحيحة بها، بخلاف النفوس فالمعتبر هناك المساواة في الفعل حتى تستوفي النفس الصحيحة بالرمة. إلى أن قال: ولا تقطع يد الحر بيد العبد عنه، وعندها لا يجرى القصاص بين العبد والأحرار ولا بين العبد وبين دون النفس لانعدام المساواة في البدل.

(٣) قلت: وهو قول محمد أيضاً. قال السرخسي: وقد بيا السائلة في الديات، إلا أن هناك يدكر أن عندهما إذا يجب القصاص في القتل بالحجر الكبير والعصا الكبير، فأما القتل بالعصا الصغيرة بالنصب بالمواولة لا يجب القصاص به عندهما، وإنما يجب عند الشافعي، وهذا نص عن الخلاف في هذا الفصل أيضاً. وهكذا ذكره الطحاوي رحمه الله، وكان الطحاوي إنما اعتمد هذه الرواية فيما أورده في كتابه وهو الأصح، فالمعتبر عندهما القصد إلى القتل بما لا يضيق النفس حسداً.

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

٤٨٧

قال: وإذا عض الرجل يد الرجل فانتزع المعصوض يده فقلع منها من أسنان العاص، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا ضمان عليه في السن لأنه قد كان له أن يصرع يده من فيه. وبه نأخذ. وقد بلغنا عن رسول الله ﷺ أن رجلاً عض يد رجل فانتزع يده من فيه فنزع ثنيته فأبطلها رسول الله ﷺ وقال: «أبعض أحدكم أخاه عض الفحل»<sup>١</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو ضامن لدية السن<sup>(١)</sup>. وهما يتفقان فيما سوى ذلك مما يحكى في الجسد سواء في الضمان.

والعصا الصغير مع المولاة في ذلك بمنزلة العصا الكبير، قلت: وحجة الإمام ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان عن عبدالله بن عمرو عن طريق القاسم بن ربيعة عن عقبة بن أوس عنه، وفي رواية النسائي والطحاوي عن عقبة عن رجل من الصحابة رفعه: «ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها» ولعظ الطحاوي أن رسول الله ﷺ خطب يوم فتح مكة فقال في خطبته، «ألا إن قتل خطأ العمد بالسوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة مائة من الإبل منها أربعون خلفه في بطونها أولادها» وعد الدارقطني عن القاسم عن عبدالله بن عمرو ليس فيه عقبة. وأخرجه أصحاب السنن وابن أبي شيبه وأحمد والشافعي وعبد الرزاق وإسحاق عن القاسم بن ربيعة عن ربيعة عن عبدالله بن عمر قال ابن القطان: هو حديث صحيح ولا يضره هذا الاختلاف فإن عقبة ثقة.

(١) أخرجه البخاري من حديث شعبة عن قتادة عن زرارة بن أوفى عن عمران بن حصين أن رجلاً عض يد رجل فنزع يده من فيه فوقعت ثنيته فاختصموا إلى النبي ﷺ فقال: «بعض أحدكم أخاه كما بعض الفحل! ولا دية له» وأخرج من طريق ابن جريج عن عطاء عن صفوان بن يحيى عن أبيه قال: «خرجت في غزوة فعرض رجل فانتزع ثنيته فأبطلها النبي ﷺ». قلت: والحديث معروف مخرج في كتب الحديث.

(٢) وفي المبسوط: وإذا عض رجل يد رجل فانتزع المعصوض يده من فم العاص فقلع شيئاً من أسنانه، فنحن لا ضمان عليه في السن، وعند ابن أبي ليلى هو ضامن من العضة (كذا) لأنه صار قائلاً سنة بنزع اليد من فمه إلا أنه معذور في ذلك وذلك لا يسقط الضمان عنه كالحاظي والمضطر، ألا ترى أنه لو جنى على موضع آخر من جسده ليدفع به أذاه عن نفسه كان صاماً؟ فكذا إذا نزع يده من فمه. ولكننا نقول: هو فيما صنع دافع للأذى غير مباشر للحماية فلا يكون ضامناً، بمنزلة ما لو قصد قتله فلدفعه عن نفسه فسقط فمات. يوضحه أن صاحب السنن هو الجاني بعضه يد غيره على وجه يسقط سنة بنزع اليد. وهذا بخلاف ما إذا جنى على موضع آخر من جسده، لأن المعصوض يده هو المباشر لتلك الحماية من غير ضرورة فإنه يتمكن من دفع الأذى عن نفسه بنزع اليد من فمه، فإذا اشتغل بالحماية على جسده في محل آخر كان ضامناً لذلك، وهنا لا يتمكن من دفع الأذى إلا بنزع اليد من فمه.

\* رواه أبو داود (١٨٥/٤)، والبيهقي (٦٨/٨)، وانظر: نصب الراية (٣٣١/٤، ٣٥٦).

\*\* رواه البخاري (٧٩٠/٢)، (٢٥٢٦/٦)، ومسلم (١٣٠١/٣).

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا نفخت<sup>(١)</sup> الدابة برجلها وهي تسير، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا ضمان على صاحبها، لأنه بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الرجل جبار»<sup>(٢)</sup>. وبه نأخذ<sup>(٣)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو ضامن في هذا لما أصابت.

قال: وكان أبو حنيفة عليه السلام يقول في الرجل إذا قتل العبد: إن قيمته على عاقلة القاتل. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا تعقله العاقلة. ثم رجع أبو يوسف فقال: هو مال لا تعقله العاقلة وعلى القاتل قيمته بالغا ما بلغ حالاً<sup>(٤)</sup>.

(١) في المغرب: نفخته الدابة: ضربته بحد حافرها.

(٢) وأخرجه هو وعمد في آثارهما عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم مرسلًا ولفظه: «العجماء جبار، والقليب جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس» وأخرجه الطبراني في الأوسط عن ابن مسعود مرفوعًا مسندًا، وأخرجه الشيخان عن أبي هريرة في أثناء حديث.

(٣) قال في المبسوط ج ٢٦ ص ١٨٩: وإن نفخته برجلها وهي تسير فلا ضمان على الراكب لقوله عليه السلام: «الرجل جبار»: أي هدر. والمراد نفخة الدابة بالرجل وهي تسير، وهذا لأنه ليس في وسعه التحرز من ذلك، لأن وجه الراكب أمام الدابة لا خلفها، وكذلك النفخة بالذنب ليس في وسعه التحرز عن ذلك.

وقال ابن أبي ليلى: هو ضامن لجميع ذلك، وقاس الذي يسير على الدابة بالذي أوقف دابته في الطريق فنفخت برجلها أو يدها فكما أن هالك يجب ضمان الدية على عاقلة فكذا هنا، ولكما نقول في الفرق بينهما هو منوع من إيقاف الدابة على الطريق لأن ذلك مضر بالمارة، ولأن الطريق ما أعد لإيقاف الدواب فيه فيكون هو في شغل الطريق بما لم يعد الطريق له متعديًا والمتعدي في التسبب يكون ضامنًا، ولهذا يسوي فيه بين ما يمكن التحرز عنه وبين ما لا يمكن وهذا لأنه إن كان لا يمكن التحرز عن النفخة بالرجل والذنب فهو يمكن التحرز عن إيقاف الدابة، بخلاف الأول، فإن السير على الدابة في الطريق مباح له، لأن الطريق معد لذلك، ولأنه لا يصير بغيره وهو محتاج إلى ذلك فربما لا يقدر على المشي فيستعين بالسير على الدابة، وإذا لم يكن نفس السير جنابة قلنا لا يلزمه ضمان ما لا يستطيع الامتناع منه، ألا ترى أن الماشي في الطريق لا يكون ضامنًا لما ليس في وسعه الامتناع منه بخلاف الجالس والنائم في الطريق؟

(٤) وفي المبسوط ج ٢٧ ص ٢٨: وروي عن أبي يوسف ومحمد أن العاقلة لا تعقل نفس العمد، وهو قول ابن أبي ليلى. واستدل فيه بقوله عليه السلام: «لا تعقل العاقلة عمدًا ولا عمدًا»<sup>\*</sup>. والمراد أن نفس العبد لا تعقلها العاقلة وهذا لأن العمد يحل للتملك بالعقد فما يجب من انصاف بإتلافه يكون على المتلف في ماله كسائر الأموال وحجتنا في ذلك أن القيمة الواجبة بإتلاف نفس العبد بمنزلة الدية الواجبة بإتلاف نفس الحر، وذلك على العاقلة موجهًا في ثلاث سبب، فهذا مثله، وهذا لأن معنى النصية لا يدخل تحت القهر فلا يتأولها الملك بل العمد فيه بمنزلة -

\* رواه ابن أبي شيبة (٤٠٥/٥)، وعبد الرزاق (٤١٠/٩)، والبيهقي (١٠٤/٨، ١٠٨)، والدارقطني (١٧٨/٣). وانظر: الدراية (٢٨٠/٢)، والتلخيص (٣٢/٤). ونصب الرأية (٤٠٩، ٣٧٩).

## باب السرقة

قال أبو يوسف رحمته الله: وإذا أقر الرجل بالسرقة مرة واحدة والسرقة تساوي عشرة دراهم فصاعداً، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: أقطعه، ويقول: وإن لم أقطعه جعلته عليه ديناً ولا قطع في الدين. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أقطعه حتى يقر مرتين. وهذا بأخذ. ثم رجع إلى قول أبي حنيفة <sup>(١)</sup>.

وإن كان المسروق منه غائباً، فإن أبا حنيفة رحمته الله قال: لا أقطعه وهذا نأخذ. وكان

الحر، ألا ترى أنه يتعلق القصاص بقتله عمداً كما يتعلق بقتل الحر؟ وكذلك الكفارة في الخطأ ولا مدخل للقصاص ولا كفارة في ضمان الأموال، فعرنا أن المال واجب ههنا بالنص بخلاف القياس، لأن المال لا يكون مثلاً لما ليس بمال، وما لا يكون مملوكاً من آدمي لا يكون مالاً، وإما وجوب المال بقوله تعالى: ﴿وَدَيْنٌ مُسْلَمَةٌ﴾ إلا أن هذه الدية في حق العبد القيمة وفي حق الحر مائة من الإبل كما بينه الشرع، والدية تنجب على العاقلة مؤجلة في ثلاث سنين في حالة الخطأ، وهذا المعنى خالف النفس ما دون النفس لأن ما دون النفس لا مدخل فيه للكفارة والقصاص وتأويل الأحاديث أن العاقلة لا تعقل جناية العبد على نفس العبد. وبه نقول. ثم الواجب بالحماية على نفس المملوك قيمته، قلّت قيمته أو كثر، غير أنها لا تزداد على دية الحر ولا تنقص عن عشرة آلاف إلا عشرة دراهم إذا كان العبد كبير القيمة في قول علمائنا رحمهم الله إلخ.

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٨٢ وإذا أقر السارق بالسرقة مرة واحدة قطعت يده في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى: لا يقطع ما لم يقر مرتين، وكذلك الخلاف في الإقرار بشرب الخمر، وذكر بشر رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة. وحجتهما ما روي عن علي رحمته الله أن رجلاً أقر بالسرقة عنده مرتين فقطع يده. وهذا لأنه حد الله تعالى فيعتبر عدد الإقرار فيه بعدد الشهادة كحد الرنا، ولهذا روي عن أبي يوسف أنه شرط إقرارين في مجلسين مختلفين، وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى استدلا بما روي عن النبي ﷺ أنه أقر بسارق فقال: «أسرقت؟ ما إخاله سرق». فقال: سرقته، فأمر بقطعه ولم يشترط عدد الإقرار فيه، ولأن ما نلت شهادة شاهدين من العقوبات يشترط بإقرار واحد كالقصاص. وقد بينا أن الرنا مخصوص من بين بظايره. وفي الكتاب علل فقال: لو لم أقطعه في المرة الأولى لم أقطعه في المرة الثانية لأن المال صار ديناً عليه بالإقرار الأول فهو بالإقرار الثاني يريد إسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده فيكون متبهاً في ذلك، وإن كان المال قائماً بعينه رددته بعد الإقرار الأول قبل الإقرار الثاني فكيف يلزمه انقطع بالإقرار لعدم رد المال؟ ألا ترى أن الشهادة لا يلزمه القطع بعد رد المال؟ والإقرار أولى. وإن رجع قبل أن يقطع دري القطع لأنه ليس ههنا من يرد جموده إذ القطع من حق الله تعالى فيتحقق التعارض بين الخبرين. فأما في حق المال لا يصح رجوعه لأن المسروق منه يكده في الرجوع والمال حقه.

ابن أبي ليلى يقول: أقطعه إذا أقر مرتين وإن كان المسروق منه غائباً<sup>(١)</sup>.  
قال: وإن كانت السرقة تساوي خمسة دراهم، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا قطع فيها. بلغنا عن رسول الله ﷺ ...<sup>(٢)</sup>

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٤٢: وعندنا لابد من حضرة المسروق منه في الإقرار والشهادة جليفاً عند الأداء وعند القطع، لأن ظهور فعل السرقة لا يكون إلا به فلا بد من أن يكون المسروق مملوكاً لغير السارق فإذا قطع قبل حصوله كان استيفاء الحد مع الشبهة لجوار أن يرد إقراره فيبقى المال مملوكاً لمن في يده، أو كان أقر له بالملك بعد شهادة الشهود، أو أنه كان صيفاً عنده. ولا يعتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء لأن الوكيل قائم مقامه، وشرط الحد لا يشت ما هو قائم مقام الغير. وإذا حصر المسروق منه والشاهدان غائبان لم يقطع حتى يحضرا في قول أبي حنيفة الأول، وفي قوله الآخر وهو قول أبي يوسف ومحمد يقطع، وكذلك بعد موت الشهود. قلت: تفصيل المسألة في المبسوط. ومن شاء فليراجعه. وفي ص ١٨٨ منه: فإن أقر بالسرقة والمسروق منه غائب ففي القياس يقطع وهو رواية عن أبي يوسف، لأنه أقر بوجوب الحد عليه حفظاً لله تعالى فيستوفيه الإمام منه وفي الاستحسان لا يقطع للشبهة فإن المسروق منه إذا حضر ربما يكذبه في الإقرار وقد بينا.

(٢) قلت: أخرج أبو يوسف في خراجه عن هشام بن عروة عن أبيه: كان السارق في عهد رسول الله ﷺ يقطع في شئ المجن، وكان للمجن يومئذ ثمن، ولا يقطع في الشيء التافه. وروى عن هشام عن عروة عن عائشة: لم يكن يقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه. روى الطبراني عن محمد بن نوح بن حرب عن خالد بن مهران عن أبي مطيع الثلجي عن أبي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يقطع إلا في عشرة دراهم». وأخرجه الحارثي من طريق أبي مطيع وخلف بن ياسين وابن المطر عن طريق خلف كلاهما عن الإمام بالسند المذكور ولفظه: «كان تقطع اليد على عهد رسول الله ﷺ في عشرة دراهم». رواه محمد في الأصل عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه لا تقطع اليد إلا في شئ المجن وهو يومئذ يساوي عشرة دراهم. وأخرجه النسائي والطحاوي والحاكم والطبراني عن مجاهد عن أبي بن رعة: «لا تقطع إلا في دينار أو عشرة دراهم». وأخرجه أبو داود عن ابن عباس أن النبي ﷺ قطع يد رجل في مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم. وأخرجه الطحاوي والنسائي والحاكم أيضاً عنه، ولفظه: كان قيمة المجن الذي قطع فيه رسول الله ﷺ عشرة دراهم. ورواه النسائي وابن أبي شبة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده نحوه. وأخرج أحمد والدارقطني من هذا الوجه بلفظ «لا يقطع السارق في أقل من عشرة دراهم». وأما قول علي فقال أبو يوسف في خراجه بعد نقل قول ابن مسعود: وقد بلغنا نحو من ذلك عن علي رضي الله عنه. وقال البيهقي عن الشافعي: رواه الزعفراني عن الشعبي عن علي رضي الله عنه. قال الحافظ علاء الدين في الجوهر النقي: روى عبد الرزاق عن الحسن بن عمار عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن علي قال: «لا يقطع الكف في أقل من دينار أو عشرة دراهم» وأخرجه البيهقي عن جعفر بن محمد بن مروان عن عاصم قال: أظنه ابن عمر عن إسماعيل عن جوير عن الضحاك عن الثعالبي عن علي رضي الله عنه قال: «لا تقطع اليد إلا في عشرة دراهم، ولا يكون المهر أقل من عشرة دراهم» قال: هذا إسناد يجمع بمجهولين وضعفاء.

وعن علي وعن ابن مسعود رضي الله عنهما أنهم قالوا: لا تقطع اليد إلا في عشرة دراهم. وهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: تقطع اليد في خمسة دراهم ولا تقطع في دونه<sup>(١)</sup>.

وأما قول ابن مسعود فأخرجه محمد في آثاره عن أبي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عنه. وأخرجه أبو يوسف في حراجه عن المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن عن عبد الله. وأخرجه عبد الرزاق والطبراني نحوه بإسناده. قلت: وروي عن ابن عباس أيضاً قوله. أخرجه أبو يوسف في الخراج عن ابن إسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عنه. وروي ابن أبي شيبة عن يحيى بن زيد وغيره عن الثوري عن عطية بن عبد الرحمن عن القاسم بن عبد الرحمن قال: أتني عمر بن الخطاب برجل سرق ثوباً فقال لعثمان: قومه، فقومه شابة دراهم فلم يقطعه.

قال القاري في شرح المختصر: وهذا يدل على اتساع ما في الصحيحين \*

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٣٧: وعلمنا أن رحمهم الله استدلوا بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «لا تقطع إلا في دينار أو عشرة دراهم» وعن ابن مسعود عنه موقوفاً ومرفوعاً: «لا تقطع اليد إلا في دينار أو عشرة دراهم» وهكذا عن علي عليه السلام. وفي الحديث المعروف: «لا مهر أقل من عشرة دراهم» وعن أيمن بن أبي أيمن (كذا) وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أن المهر الذي قطعت اليد فيه على عهد رسول الله ﷺ كان يساوي عشرة دراهم. والرجوع إلى قوله أولى، لأنهم من جلة الفراء فكانوا أعرف بقيمة السلاح من غيرهم. وليس هذا من جملة ما قال إن الأخذ بالأقل أولى، لأن في قيمة المسروق إما يؤخذ بالأقل لدرء الحد وذلك يوجب أن يؤخذ بالأكثر ههنا، لأن معنى درء الحد فيه. وقد روي أن عمر عليه السلام أمر بسارق سرق ثوباً فأمر بقطع يده. قال عثمان عليه السلام: إن سرقته لا تساوي عشرة دراهم، فأمر بتقويمه فقوم بثمانية دراهم فدرأ الحد عنه، فدل أنه كان ظاهراً معروفاً فيما بينهم أن النصاب يتقدر بعشرة دراهم، ويعتبر نصاب الحد بنصاب المهر. وقد قامت الدلالة لنا على أن ثمانية عشرة دراهم، والمستحق بكل واحد منهما ما له خطر وهو مصون عن الابتذال فلا يستحق إلا حال خطير. والحديث الذي رواه عن عائشة رضي الله عنها اضطرب أهل الحديث فيه، وأكثرهم على أنه غير مرفوع إلى رسول الله ﷺ حتى كان القاسم بن عبد الرحمن إذا سمع من يروي هذا الحديث مرفوعاً رماه بالحجارة. والدليل عليه ما اشتهر من قول عائشة رضي الله عنها كانت اليد لا تقطع في الشيء التامه وكانت تقطع في شئ المهر، فلو كان عدها نص لما اشتعلت بهذا الخوف اسمهم، ثم يحتمل أنه كان التقدير بربع دينار في ابتداء ثم اتسع ذلك بعشرة دراهم ليكون النصاب أحف من المسوخ. قال الله جل وعلا: ﴿مَا تَنْسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِمَّا وَنَّهَىٰ﴾

\* الدراية (١٠٧/٢)، وخلاصة البدر المنير (٣١٨/٢)، نصب الرأية (٣٥٥/٣)، ٣٥٩، ٣٦٠، وشرح معاني الآثار (١٦٦/٣)، والبيهقي (٢٦٩/٨)، والفتح (١٠٣/١٢).

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا شهد الشاهدان على رجل بالسرقة والمسروق منه غائب، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا أقبل الشهادة والمسروق منه غائب، أرايت لو قال: لم يسرق مني شيئا أكنت أقطع السارق؟ وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل الشهادة عليه وأقطع السارق <sup>(١)</sup>.

قال: وإذا اعترف الرجل بالسرقة مرتين وبالزنا أربع مرات ثم أنكر بعد ذلك، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يدرأ عنه الحد فيهما جميعاً ونضمنه السرقة. وقد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين اعترف عنده ماعز بن مالك رضي الله عنه وأمر به أن يرجم هرب حين أصابته الحجارة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم <sup>(٢)</sup> «فها لا خليتم سبيله!» حدثنا بذلك أبو حنيفة <sup>(٣)</sup> يرفعه

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٤٢: وإن شهد شاهداً على رجل بالسرقة سئلاً عن ماهيتها وكيفيتها، فإذا بيوا جميع ذلك والقاضي لا يعرف الشاهدين حسه حتى يسأل عنهما، فإن زكيا وقيمة المسروق نصاب كامل والمسروق منه غائب لم يقطع إلا بحضرته. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا حاجة إلى حضرة المسروق منه وتقبل الشهادة على السرقة وحسبه كالزنا لأن المستحق بكل واحد منهما حد هو خالص حق الله تعالى. إلى أن قال: وعدنا لا بد من حضرة المسروق منه في الإقرار والشهادة جميعاً عند الأداء وعند القطع، لأن ظهور فعل السرقة لا يكون إلا به فلا بد من أن يكون المسروق مملوكاً لغير السارق، فإذا قطع قبل حضوره كان استيفاء الحد مع الشبهة لجواز أن يرد إقراره ببقية المال مملوكاً لمن في يده، أو كان أقر له بالملك بعد شهادة الشهود، أو أنه كان صيماً عنده. ولا معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء، لأن الوكيل قائم مقامه وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير.

(٢) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٩١: وإن أقر الرجل بالسرقة ثم هرب لم يطلب وإن كان في موره ذلك، لأن هربه دليل رجوعه. ولو رجع عن الإقرار لم يقطع، فكذلك إذا هرب. والأصل فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لما عزر حين أخبر بالهرب فقال: «هلا خليتم سبيله؟» ولكنه إذا أتى بعد ذلك كان ضامناً للمال، كما لو رجع عن إقراره، فإنه يسقط القطع به دون الضمان. وقال في الحدود ص ٩٤ ج ٩: فإن أمر برجمه رجع عن قوله درئ الحد عنه عندنا. وقال ابن أبي ليلى: لا يدرأ عنه الحد برجوعه، وكذلك الخلاف في كل حد هو خالص حق الله تعالى، واعتبر هذا الإقرار بسائر الحقوق مما لا يدرئ بالشبهات أو يندرئ بالشبهات كالقصاص وحد القذف، والرجوع عن الإقرار باطل في هذا كله. وحجتنا فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم لقن المقر بالسرقة الرجوع، فلو لم يصح رجوعه لما لقنه ذلك، فقد روي أن ماعزاً رضي الله عنه لما هرب انطلق المسلمون في أثره فرجموه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «هلا خليتم سبيله!» ولأن الرجوع بعد الإقرار إما لا يصح في حقوق العباد لوجود خصم يصدقه في الإقرار ويكذبه في الرجوع، وذلك غير موجود فيما هو خالص حق الله تعالى فيعارض كلامه الإقرار والرجوع، وكل واحد منهما متمثل بين الصدق والكذب والشبهة تست بالمعارضة.

(٣) رواه أبو يوسف عنه في كتاب الآثار عن علقمة بن مرثد عن اس بريدة عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم وأخرجه البخاري في مسنده من طريق أبي يوسف وابن المبارك وأسد وغيرهم بسنده المذكور.

إلى النبي ﷺ. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أقبل رجوعه فيهما جميعاً وأمضي عليه الحد.

قال: وإذا دخل الرجل من أهل الحرب إلينا بأمان فسرق عندما سرقه، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يضمن السرقة ولا يقطع، لأنه لم يأخذ الأمان لتحري عبه الأحكام<sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: تقطع يده. وبه نأخذ. ثم رجع إلى قول أبي حنيفة رضي الله عنهما.

## باب القضاء

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا أثبت القاضي في ديوانه الإقرار وشهادة الشهود ثم رفع إليه ذلك وهو لا يذكره، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا ينبغي له أن يجيزه. وكان ابن أبي ليلى يجيز ذلك. وبه نأخذ<sup>(٢)</sup>. قال أبو حنيفة رحمه الله: إن كان يذكره ولم يشته عند

والحديث أخرجه الأئمة البخاري وغيره. وقد ذكر قبل ذلك.

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٧٨: وإن سرق الحربي المستأنس في دار الإسلام لم يقطع وهو صامس إلا على قول أبي يوسف وابن أبي ليلى فإنهما يقولان يقطع ولا صمان عليه، وقد بيا نظيره في كتاب الحدود. وقال في الحدود ص ٥٥ منه: وإذا زنى الحربي بالمسلمة أو الذمية فعليها الحد ولا حد عليه في قول أبي حنيفة، وقال محمد: لا حد على واحد منهما، وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع وقال: يحدان جميعاً، أما المستأنس فعند أبي حنيفة ومحمد لا تقام عليه الحدود التي هي لله تعالى حالصاً كحد الزنا والسرقة وقطع الطريق، وفي قول أبي يوسف الآخر والشافعي يقام الحد عليه كما يقام على الذمي لأنه ما دام في دارنا فهو ملتزم أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالذمي. إلى أن قال: وحجتنا في ذلك قوله تعالى: ﴿أَتْلَفْتُمْ مَأْمَنَهُ﴾ فتلعب المستأنس مأمة واجب هذا النص حقاً لله تعالى، وفي إقامة الحد عليه تفويت ذلك، ولا يجوز استثناء حقوق الله تعالى على وجه يكون فيه تفويت ما هو حق الله. والمعنى أن المستأنس ما التزم شيئاً من حقوق الله تعالى وإنما دخل تاجراً ليعاملنا ثم يرجع إلى داره، ألا ترى أنه لا يمنع من الرجوع إلى دار الحرب؟ ولو كان ملتزماً شيئاً من حقوق الله تعالى يمنع من ذلك كالذمي، وهذا لأن معه من أ يعود حرباً للمسلمين بعد ما حصل في أيديهم حق الله تعالى إلخ. وزيادة التفصيل في المبسوط.

(٢) وهو قول محمد أيضاً. وفي المبسوط ج ١٦ ص ٩٢: وإذا وجد القاضي في ديوانه صحيفة فيها شهادة شهود لا يحفظ أنهم شهدوا عنده بذلك، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله أن يفكر في ذلك حتى يتذكر، وليس له أن يقضي بذلك إن لم يتذكر. وعند أبي يوسف ومحمد إذا وجد ذلك في قمطرة تحت خاضه فعليه أن يقضي به وإن لم يتذكر. وهذا مهمل نوع رحمة، فالقاضي يكثر اشتغاله بعجز أن يحفظ كل حادثة، ولهذا يكتب، وإنما يحصل المقصود بالكتاب إذا حار له أن يعتمد على الكتاب عند النسيان فإن الأدمي ليس في وسعه التحرر عن النسيان. إلى أن قال: ومذهب أبي حنيفة هو العزيمة، فالمقصود من الكتاب أن يتذكر إذا طرأ فيه لأن الكتاب نقيب

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

أجازه. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجيزه حتى يشته عنده، وإن ذكره. قال: وإذا جاء رجل بكتاب قاض إلى قاض والقاضي لا يعرف كتابه ولا حاتم، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا ينبغي للقاضي الذي أتاه الكتاب أن يقبله حتى يشهد شاهد عدل على خاتم القاضي وعلى ما في الكتاب كله إذا قرئ عليه، عرف القاضي الكتاب والخاتم أو لم يعرفه، ولا يقبله إلا بشاهدين على ما وصفت، لأنه حق، وهو مثل شهادة على شهادة. وقال: لا يقبل الكتاب حتى يشهد الشهود أنه قرأه عليهم وأعطاه نسخة معهم يحضرونها هذا القاضي مع كتاب القاضي. وبه نأخذ. ثم رجع أبو يوسف <sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا شهدوا على خاتم القاضي قبل ذلك منهم. وبه نأخذ <sup>(٢)</sup>. قال: وإذا قال الخصم للقاضي: لا أقر ولا أنكر، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا أجبره على ذلك ولكنه يدعو المدعي بشهوده. قال: وكان ابن أبي ليلى لا يدعه حتى يقر أو ينكر. وكان أبو يوسف إذا سكت يقول له: احلف مراراً، فإن لم يحلف قضى عليه <sup>(٣)</sup>.

كالمرأة للعين، وإنما تعتبر المرأة ليحصل الإدراك بالعين، فإذا لم يحصل كان وجوده كعدمه، فكذلك الكتاب للذكر بالقلب عند النظر فيه، فإذا لم يتذكر كان وجوده كعدمه، وهذا لأن الكتاب قد يزور ويفتعل به والخط يشبه الخط، والخاتم يشبه الخاتم، وليس للقاضي أن يقضي إلا بعلم، وبوجود الكتاب لا يستفيد العلم مع احتمال التزوير والافتعال فيه.

(١) قلت: وقول محمد في المسألة مثل قول الإمام، صرحه في الهداية. قال السرخسي في المبسوط ح ١٦ ص ٩٥: فإذا أتى القاضي كتاب قاض سأل الذي جاء به البينة على أنه كتابه وحاتم، لأنه عاب عن القاضي علمه فلا يثبت إلا بشهادة شاهدين ثم يقرأه عليهم ويشهدون على ما فيه. فمن أصل أبي حنيفة رحمه الله أن علم الشهود بما في الكتاب شرط لحواز القضاء بذلك، وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع فقال: إذا شهدوا أنه خاتم وكتابته قلته وإن لم يعرف ما فيه، وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله، لأن كتاب القاضي إلى القاضي قد يستعمل على شيء لا يعجبهما أن يقف عليه غيرهما. ولهذا يختم الكتاب. ومعنى الاحتياط يحصل إذا شهدوا أنه كتابه وخاتم، ولكننا نقول: ما هو المقصود لا بد من أن يكون معلوماً للشاهد، والمقصود ما في الكتاب لا عين الكتاب والختم، وكب الخصومات لا يستعمل على شيء سوى الخصومة فلتفسير يطلب كتاباً آخر على حدة، فاما ما بيعت على يد الخصم لا يشتمل إلا على ذكر الخصومة ولفظ الشهادة.

(٢) قلت: وهذا قول أبي يوسف الآخر.

(٣) وفي المبسوط قال أبو يوسف ومحمد: يستحقه على حق المدعي ويجبره أنه يلزمه القضاء. إن لم يحلف، فإن لم يحلف قضى عليه بالنكول، وإن حلف دعا المدعي شهوده، فهما يجعلان سكوتة أيضاً بمنزلة إنكاره، إلا أن على قولهما إذا طلب المدعي يمين المدعي عليه استحلته القاضي. قال: وقال ابن أبي ليلى: لا أدعه حتى يقر أو ينكر، لأن الجواب مستحق عليه، فإذا امتنع من إيفاء ما هو مستحق عليه مع قدرته على ذلك أجبره القاضي على إيفائه بالحبس. ثم

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ٤٩٥

قال: وإذا أنكر الخصم الدعوى ثم جاء بشهادة الشهود على المخرج منه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: أقبل ذلك منه. وهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أقبل منه بعد الإنكار مخرجاً<sup>(١)</sup>. وتفسير ذلك أن الرجل يدعي قبل الرجل الدين فيقول: ما له فني شيء، فيقيم الطالب البينة على ماله وقيم الآخر البينة أنه قد أوفاه إياه. قال أبو حنيفة: المطلوب صادق بما قال: ليس قبلي شيء، وليس قوله هذا با كذاب لشهوده على الرأفة. قال: وإذا ادعى رجل قبل رجل دعوى، فقال: عندي المخرج، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ليس هذا عندي بإقرار إنما يقول: عندي البراءة، وقد تكون عنده البراءة من الحق ومن الباطل. وهذا نأخذ.

وكان ابن أبي ليلى يقول: هذا إقرار فإن جاء بمخرج وإلا ألزمه الدعوى<sup>(٢)</sup> وأبو حنيفة يقول: إن لم يأت بالمخرج لم تلزمه الدعوى إلا ببينة.

شرط قبول البينة إنكار المدعي عليه فلا بد أن يجبره القاضي حتى يجب بالإقرار فيتوصل به المدعي إلى حقه، أو بالإنكار فيتمكن من إثبات حقه بالبينة. ولكننا نقول: الإنكار حق المنكر، لأنه يدفع به المدعي عن نفسه ويثبت به حق نفسه فلا يجوز أن يجبر على الإتيان به، ثم السكوت قائم مقام الإنكار، لأن المنكر مانع والسكوت كذلك، والإنكار منازعة بالقول وفي السكوت منازعة بالفعل وهو الامتناع عن التسليم ومن الجواب بعد ما طوّل به فيكون ذلك قائماً مقام إنكاره، ويتمكن المدعي من إثبات حقه بالبينة عند ذلك.

(١) قال في المبسوط: فابن أبي ليلى يقول: هو مناقض في دعواه الإيفاء بعد إنكاره أصل المال خصوصاً إذا قال: ما كان له علي شيء قط، وقبول البينة يتنى على دعوى صحيحة، ومع التناقض لا تصح الدعوى، ألا ترى أنه لو قال: ما كان له علي شيء قط ولا أعرفه لم تقبل منه البينة على الإيفاء بعد ذلك لهذا المعنى؟ ولكننا نقول: دعواه الإيفاء بعد جحود أصل المال دعوى صحيحة إما باعتبار أنه لا شيء عليه في الحال أو أنه لم يكن عليه شيء قط لكنه ادعى مرة هذه الدعوى الباطلة واستوفى المال بها، فإذا كانت الدعوى صحيحة بهذا الطريق من التوثق كان متمكناً من إثباتها بالبينة، ثم الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم، بخلاف ما إذا قال: ما كان له شيء قط ولا أعرفه، لأن مع ذلك الريادة في الإنكار متعذر التوفيق بين كلاميه من ألوجه أندي قلنا.

(٢) وفي المبسوط: لأن المخرج منها إنما يتحقق بعد الدخول فيها فكان هذا وقوله: أوفيتها إياه أو أبرأتني منها سواء، وذلك إقرار بأصل المال، ولكننا نقول: هو ادعى المخرج من دعواه لا من الممان فلا يكون ذلك إقراراً بالمال صريحاً ولا دلالة. وهكذا نقول في الإبراء، فإنه لو قال: أبرأتني من هذه الدعوى لا يكون ذلك إقراراً بالمال، ثم المخرج من الدعوى ببيان وجه الفساد فيه، ووجه الفساد غير متعين، قد يكون ذلك ببيان أنه ما كان واجباً قط، وقد يكون ذلك ببيان أنفسط بعد الوجوب، ومع الاحتمال لا يجب المال.

قال: وإذا أقر الرجل عند القاضي بشيء فلم يقض به القاضي عليه ولم يشته في ديوانه ثم خاصمه إليه فيه بعد ذلك، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: إذا ذكر القاضي ذلك أمضاء عليه. وهذا نأخذ <sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يمضي ذلك عليه وإن كان ذاكرًا له حتى يشته في ديوانه <sup>(٢)</sup>.

### باب الفرية

قال أبو يوسف: وإذا قال رجل لرجل من العرب: يا نبطي أو لست من بني فلان لقبيلة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا حد عليه في ذلك وإنما قوله هذا مثل قوله يا كوفي يا بصري يا شامي <sup>(٣)</sup>. حدثنا أبو يوسف عمن حدثه عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس رضي الله عنهما بذلك <sup>(٤)</sup> وأما قوله: لست من بني فلان، فهو صادق ليس هو من ولد فلان لصلبه وإنما هو من ولد الولدان، القذف ههنا إنما وقع على أهل الشرك الذين كانوا في الجاهلية <sup>(٥)</sup>. وهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: فيهما جميعًا الحد.

قال: وإذا قال الرجل لرجل: لست ابن فلان <sup>(٦)</sup> وأمه أمة أو نصرانية وأبوه مسلم،

(١) قلت: هو قول الكل - أفاده السرخسي بقوله: عندنا.

(٢) وفي المبسوط: والقياس ما قلنا، لأن القاضي حين سمع إقراره بذلك كان القاضي يذكر ذلك، والمقصود من الإلبات في ديوانه أن يتذكر ذلك بالنظر فيه عند الحاجة فإذا كان ذاكرًا فما هو المفصود حاصل. ولكن استحسّن ابن أبي ليلى رحمه الله وقال القاضي لكثرة اشتغاله ربما يشته عليه ذلك، ولهذا يشته في ديوانه ليرجع إليه فينبغي له الشهود، فإذا لم يشته في ديوانه لو قضى به كان قضاء مع تمكن الشبهة وربما ينسب به إلى الميل، فعليه أن يحتاط في ذلك ولا يقضي بمجرد كونه ذاكرًا حتى يشته في ديوانه.

(٣) ولا حد عليه عند الإمام، لأنه لا يراد بهذا اللفظ القذف، ألا ترى أن الرجل يقول للأخر: أنت رستاقى أو خراساني أو كوفي ولا يريد بشيء من ذلك القذف؟ ومذهبنا مروى عن ابن عباس أنه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يا نبطي فقال: لا حد عليه - كما في المبسوط ج ٩ ص ١٢٣.

(٤) لم أقف على عرجه، تتبعت الكتب الموجودة عندي فلم أجده فيه.

(٥) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٢٣: وإن قال لرجل: لست من بني فلان لقبيلته لا يحد، لأنه صادق، فإن بني فلان حقيقة أولاده لصلبه وهو ليس منهم ولأنه لو كان هذا قذفًا فإسما يكون قذفًا لامرأة من تنسب إليه القبيلة وهي كانت كافرة غير محصنة، وهو نظير ما لو قال له: جدك ران أو جدتك زانية فإنه لا يكون قاذفًا بهذا، لأن في أجداده وجداته من هو كافر، فإذا لم يعين مسلمًا لا يكون قاذفًا محصنًا، بخلاف ما لو قال: أنت ابن الزانية لأنه بهذا اللفظ قاذف لأمه الأدي وهي كانت محصنة فعليه الحد.

(٦) في المبسوط: لست من بني فلان.

فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا حد على القاذف إنما وقع القذف ههنا على الأم ولا حد على قاذفها. وبه نأخذ <sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول في ذلك: عليه الحد.

قال: وإذا قذف رجل رجلاً فقال: يا ابن الزانية وقد مات الأبوان، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: إنما عليه حد واحد لأنها كلمة واحدة. وبهذا نأخذ <sup>(٢)</sup>، إن مرق القول أو جمعه فهو سواء وعليه حد واحد. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه حدان ويضره الحدان في مقام واحد وقد فعل ذلك في المسجد <sup>(٣)</sup> وإذا قال الرجل للرجل: يا ابن الزانية أو قالت المرأة للرجل: يا ابن الزانية والأبوان حيان، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: إذا كانا حيي

(١) وفي البسيط: وهذا بناء على الأصل الذي بيناه في كتاب الحدود أن قوله: لست من بني فلان يكون قذفاً لأمه عندنا، فإذا كانت أمه أمة أو نصرانية فهي غير محصنة وقذف غير المحصنة لا يوجب الحد. وعند ابن أبي ليلى هذا قذف في نفسه، لأنه يلحقه العار بكونه ولد المرأة كما يلحقه العار بنسبته إلى الزنا فكما أنه لو نسبته إلى الزنا يكون قاذفاً له فكذلك إذا نماه من أبيه يكون قاذفاً له وهو محصن في نفسه فعلى قاذفه الحد، لأنه قذف أمه بهذا فإن الولد من الزنا لا يكون ثابت النسب من أبيه، فأما الوطء إذا لم يكن زناً يكون مثبثاً للنسب، فعرفنا أن هذا اللفظ قذف أمه فإذا كانت حرة مسلمة فعليه الحد. وفي القياس لا حد عليه، لأنه لا يجوز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه من غير أن تكون الأم رانية بأن كانت موطوءة بشبهة ولدت في عدة الوطء، ولكننا تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود رضي الله عنه حيث قال: «لا حد إلا في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه» ولأنها إذا وطئت بالشبهة مولدها يكون ثابت النسب من إنسان وإنما لا يكون الولد ثابت النسب من الأب إذا كانت هي زانية، فعرفنا أنه هذا اللفظ قاذف أمه.

(٢) قلت: وهو قول محمد أيضاً أفاده السرخسي بقوله: عندنا. قال السرخسي لأن المذهب في حد القذف عندنا حق الله تعالى فعند الاجتماع يتداخل والمقصود يحصل بإقامة حد واحد، وهو معنى الزجر للقاذف ودفع العار عن المقذوف. وعند ابن أبي ليلى يصرب حدان لأن عده المذهب في حد القذف حق العبد.

(٣) قال السرخسي: وهذه هي المسألة التي قال أبو حنيفة رحمه الله فيها: إن القاصي أخطأ فيها في سبع مواضع، فإن معتوه كانت بالكوفة آذاها رجل فقالت له: يا ابن الزانية، فأني بها إلى ابن أبي ليلى فاعترفت فأقام عليها حدان، فذكر ذلك لأبي حنيفة فقال: أخطأ في سبع مواضع. ثم فسّر ذلك فقال: بنى الحكم على إقرار المعتوه وإقرارها هدر. وألزمها الحد والمعتوه ليست من أهل العقوبة، وأقام عليها حدان ومن قذف جماعة لا يقام عليه إلا حد واحد، وأقام حدان معاً ومن اجتمع عليه حدان لا يوالي بينهما ولكن يضرب أحدهما ثم يترك حتى يبرأ ثم يقام الآخر، وأقام الحد في المسجد وليس للإمام أن يقيم الحد في المسجد، وصربها قائمة وإنما نصرب انثرة قاعدة، وضربها لا يحضرة وليها وإنما يقام الحد على المرأة بحضرة وليها حتى إذا اكشف شيء من بدنهما في اضطرابها ستر الولي ذلك عليها. فانتشر بالكوفة أن القاصي أخطأ في مسألة واحدة في سبعة مواضع.

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

بالكوفة لم يكن على قاذفهما الحد إلا أن يأتيا يطلبان ذلك <sup>(١)</sup> ولا يضرب الرجل حدين في مقام واحد وإن وجبا عليه جميعاً. وبه نأخذ <sup>(٢)</sup>.

قال: ولا يكون في هذا أبداً إلا حد واحد. وكان ابن أبي ليلى يضربهما جميعاً حدين في مقام واحد ويضرب المرأة قائمة ويضربهما حدين في كلمة واحدة ويقسم الحدود في المسجد <sup>(٣)</sup> أظن أبا حنيفة رحمه الله قال: لا ولا يكون على من قذف بكلمة أو كلمتين أو جماعة أو فرادى إلا حد واحد، فإن أخذه بعضهم فحد له كان لجميع ما قذف. بلغنا عن رسول الله ﷺ <sup>(٤)</sup>. وبه نأخذ. وقال: لا تقام الحدود في المساجد.

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١١٣: وإن كان القذف حياً غائباً ليس لأحد من هؤلاء أن يأخذ بحده عندما. وقال ابن أبي ليلى: العائب كالميت لأن خصوصته تتغير لغيته كما هو متعذر بعد موته، ولكنا نقول: يتوب أو يبعث وكيلًا ليخاصم والخصومة باعتبار تناول العرض أصل فما لم يقع اليأس عنه لا يعتبر بالخصومة باعتبار الشين، وفي الميت الخصومة باعتبار تناول العرض مأبوس به فيقام الحد بخصومة يلحقه الشين، بخلاف العائب، فإن مات هذا الغائب قبل أن يرجع لم يأخذ وليه أيضاً عندنا. قلت: وعمل لهذه المسألة فقال: وعندما المقلب حتى الله تعالى فلا يورث عملاً بقوله ﷺ «لا يجري الإرث فيما هو من حق الله تعالى» ولأن الإرث خلافه الوارث المورث بعد موته في حقه، والله تعالى يتعالى عن ذلك إلخ. والتفصيل فيه فليراجعه من طلب التفصيل.

(٢) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٠١: وكلما أقام عليه حداً حبسه حتى يبرأ ثم أقام الآخر، لأنه إن والى إقامة هذه الحدود ربما يؤدي إلى الإتلاف. وقد بينا أنه مأمور بإقامة الحد على وجه يكون زاجراً لا متلفاً، ولكنه يجبس لأنه لو خلى سبيله ربما يهرب فلا يتمكن من إقامة الحد عليه ويصير مصيباً للحد، والإمام مهي عن تصييع الحد بعد طهوره عنده، وإن كان محصناً اقتض من في العين وصربه حد القذف لما فيهما من حق العباد ثم رجمه، لأن حد السرقة والشرب محض حق الله، ومتى اجتمعت الحدود لحق الله وفيها نفس قتل وترك ما سوى ذلك، هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما. والمعنى فيه أن في الحدود الواجبة لله تعالى المقصود هو الرجز وأتم ما يكون من الرجز باستيفاء النفس والاستيفاء بما دونه اشتغال بما لا يفيد، فلها رجمه ودرأ عنه ما سوى ذلك إلا أنه يضمنه السرقة لأن الضمان قد وجب عليه بالأخذ وإنما يسقط لصورة استيفاء القطع حقاً لله ولم يوجد ذلك، فلها يضمنه السرقة ويأمر بإيقائها من تركته.

(٣) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٠١: ولا يقام حد في المسجد ولا قود ولا تعزير لما فيه وهم تلويت المسجد، ولأن المجلود قد يرفع صوته وقد نهى رسول الله ﷺ عن رفع الصوت في المسجد بقوله: «جسوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم» ولكن القاضي يخرج من المسجد إذا أراد إقامة الحد بين يديه كما فعله رسول الله ﷺ في حديث العامدية، أو يبعث أميناً ليقام بحضرته كما فعله رسول الله ﷺ في ماعز رضي الله عنه. قلت: روى البيهقي في سننه عن حكيم بن حزام قال، «نهى رسول الله ﷺ أن يستفاد في المساجد وأن ينشد فيها الأشعار أو تقام فيها الحدود» ج ٨ ص ٣٢٨.

(٤) كذا في الأصل ولعل بعض الكلمات سقطت هنا من الأصل نحو: ذلك أو نحوه أو نحو من ذلك: أو بلغنا ذلك عن رسول الله ﷺ، والله أعلم ولم نلحه. وروي ذلك عن إبراهيم النخعي، رواه الإمام محمد في كتاب الآثار، عن الإمام عن حماد عنه.

قال: ومن قذف أبا رجل وأبوه حي لم يحد له حتى يكون الأب الذي يطلب. وإذا مات كان للابن أن يقوم بالحد<sup>(١)</sup>. وإن كان له عدة بنين فأيهما قام به حد له. وقال أبو حنيفة رحمته: لا يضرب الرجل حدين في مقام واحد وإن وجبا عليه جميعا ولكنه يقيم عليه أحدهما ثم يجلس حتى يخف الضرب ثم يضرب الحد الآخر، وإنما الحدان في شرب وقذف أو زنا وقذف. أو زنا وشرب، فأما قذف كله وشرب كله مراراً<sup>(٢)</sup> أو زنا مراراً فإنما عليه حد واحد<sup>(٣)</sup>.

قال: ولو كان الأبوان المقذوفان حين كانا بمنزلة الميتين في قول ابن أبي ليلى. وأما في قول أبي حنيفة فلا حق للولد حتى يجيء الوالدان أو أحدهما يطلب قذوه وإما عليه حد واحد في ذلك كله<sup>(٤)</sup>.

قال: وإذا قذف الرجل رجلاً ميتاً، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا يأخذ بحد الميت إلا الولد أو الوالد. بهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يأخذ أيضاً الأخ والأخت. وأما غير هؤلاء فلا<sup>(٥)</sup>.

قال: وإذا قذف الرجل امرأته وشهد عليه الشهود بذلك وهو يجحد فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: إذا رفع إلى الإمام خبره حبس حتى يلاعن. وهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا جحد ضربته الحد ولا أجبره على اللعان منها إذا جحد<sup>(٦)</sup>.

(١) قلت: وهذه المسألة مكررة في الحقيقة، وليس بينها وبين التي قبلها كبير فرق إلا أن هناك مريضها في الأبوين وهنا فرضت في أب.

(٢) كذا في الأصل ولعل بعض الكلمات سقط من الأصل أي فعل ذلك مراراً، والله أعلم.

(٣) قلت: أخرج أبو يوسف في خراجة عن الإمام عن حماد عن إبراهيم قال: إذا سرق مراراً فإنما يده واحدة، وإذا شرب الخمر مراراً وقذف مراراً فإنما عليه حد واحد.

(٤) قلت: هذه المسألة مكررة في الحقيقة. قال في المبسوط ج ٩ ص ١٢٥: رجل قال لرجل: يا ابن الزانيين فعليه حد واحد، لأنه قذف أباه وأمه ولو كانا حين مخاصمته لم يكن عليه إلا حد واحد فكذلك إذا كانا ميتين فمخاصمته لا ين.

(٥) وفي المبسوط ج ٩ ص ١١٢: ثم الخصومة في هذا القذف إلى من ينسب إلى الميت بالولاد أو ينسب إليه الميت بالولاد، ولأنه يلحقهم الشين بذلك وحق الخصومة لدفع العار فمن يلحقه الشين به كان له أن يخاصم بإقامة الحد عليه وليس لأخيه أن يخاصم في ذلك عندنا، وعند ابن أبي ليلى له ذلك لأن للأخ علة في حقوقه بعد موته كالولد، ألا ترى أنه في القصاص يخلقه؟ فكنا في حد القذف. ونكنا نقول: الخصومة هنا ليست بطريق الخلافة، فإن حد القذف لا يورث ليخلف أنوارث فمورث فيه. وإنما الخصومة لدفع الشين عن نفسه والأخ لا يلحقه الشين برنا أخيه، لأنه لا يسب أحد الأخوين إلى صاحبه وإنما نسبة زنا الغير باعتبار نسبه إليه، بخلاف الآباء والأولاد.

(٦) وفي المبسوط ج ٧ ص ٤٤: وإذا أنكر الزوج القذف فأقامت المرأة به البينة عليه وجب انعام بينهما وعلى قول ابن أبي ليلى يلاعن ويحد، أما اللعان فلأن الثابت بالبينة كانتات بسفرار

## باب النكاح

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا تزوج المرأة بغير مهر مسمى فدخل بها، فإن لها مهر مثلها من نساؤها، لا وكس ولا شطط. وقال أبو حنيفة رحمه الله: نساؤها أخواتها ونسبها عمها. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: نساؤها أمها وخالاتها <sup>(١)</sup>.  
قال: وإذا زوج الرجل ابنته وهي صغيرة ابن أخيه وهو صغير يتيم في حجره، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: النكاح جائز <sup>(٢)</sup> وله الخيار إذا أدرك. وبه نأخذ <sup>(٣)</sup>. وكان ابن

الخصم، ثم قال ابن أبي ليلى: إنكاره بمنزلة إكذابه نفسه فيقام عليه الحد. ولكننا نقول: إنكاره نفي القذف وإكذابه نفسه تقرير القذف فكيف يستقيم إقامة إنكاره مقام إكذابه نفسه فلهذا لا يحد.  
(١) وفي المسوط ج ٥ ص ٦٤: نساؤها اللاتي يعتبر مهورها بمهورهن عشيرتها من قبل أبيها كأخواتها وعماتها وبنات أعمامها عندنا. وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى: أمها وقوم أمها كالحالات ونحو ذلك، لأن المهر قيمة بضعة النساء فيعتبر فيه قرابتها من النساء. ولكننا نقول: قيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى قيمة جنسه والإنسان من جنس قوم أبيه، لا من جنس قوم أمه. ألا ترى أن الأم قد تكون أمة والبنت تكون قرشية نساء لأبيها؟ فلهذا اعتبر عشيرتها من قبل أبيها ولا يعتبر مهورها من قبل أمها إلا أن تكون أمها من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر مهورها، لا لأنها أمها بل لأنها بنت عم أبيها، وإنما يعتبر من عشيرتها امرأة هي مثلها في الحسن والجمال والسن والمال والبركة، لأن المهور تختلف باختلاف هذه الأوصاف، قال رحمه الله: «تتكح المرأة لما لها وجمالها» الحديث الخ.

(٢) في المسوط ج ٤ ص ٢١٥: وحجتنا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ﴾. في الآية معناه في نكاح اليتامى، وإنما يتحقق هذا الكلام إذا كان يحوز نكاح اليتيمة، وقد نقل عن عائشة رضي الله عنها في تأويل الآية أنها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها يرعها في مالها وجمالها ولا يقسط في صداقها فنوها عن نكاحهن حتى يبلغوا من أعلى سنهن في الصداق. وقالت في تأويل قوله تعالى ﴿يَتِمْنَ الْمَرْءُ الْأَتَمَ الَّذِي لَا يُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ﴾ إنها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها ولا يرعها في نكاحها للامتناع ولا يزوجه من غيره كي لا يشاركه في مالها فانزل الله تعالى هذه الآية، فأمر الأولياء بتزويج اليتامى أو بتزويجهم من غيرهم، فذلك دليل على جواز تزويج اليتيمة، وروح رسول الله صلى الله عليه وسلم بتزويج اليتيم رضي الله عنها من عمر بن أبي سلمة رضي الله عنهما وهي صغيرة. والآثار في حوار ذلك مشهورة عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم الخ. وتفصيل فيه فمن شاء زيادة على هذا فليرجع إليه.

(٣) وفي المسوط ج ٤ ص ٢١٥: فإذا ثبت جوار تزويج الأولياء الصغار وانصهرة فليسهما الخيار إذا أدركا في قول أبي حنيفة ومحمد. وهو قول ابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم، وبه كان يقول أبو يوسف ثم رجع وقال: لا خيار لهما، وهو قول عروة بن الربير.

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ٥٠١

أبي ليلى يقول: لا يجوز ذلك عليه حتى يدرك. ثم رجع أبو يوسف وقال: إذا روج الولي فلا خيار وهو مثل الأب.

قال: وإذا تزوج الرجل المرأة وامرأة أبيها، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو حائز. بلغنا ذلك عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما أنه فعل ذلك، وبه يأخذ. تزوج عبد الله بن جعفر امرأة علي رضي الله عنهما وابنته جميعاً<sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجوز النكاح. وقال: كل امرأتين لو كانت إحداهما رجلاً لم يحل لها نكاح صاحبها فلا ينبغي للرجل أن يجمع بينهما<sup>(٢)</sup>.

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا. قال: لأن هذا عقد عقدًا بولاية مستحقة بالقرابة فلا يشب فيه خيار المبتوع كعقد الأب والجد إلخ، وجه قولهما أنه روجها من هو قاصر الشفقة عليها فإذا ملكت أمر نفسها كان لها الخيار كالأمة إذا زوجها مولاهما ثم أعتقها. وهذا لأن أصل الشفقة موجود للولي ولحكمه ناقص. يظهر ذلك عند المقابلة بشفقة الأبناء، وقد طهر تأثير هذا النقصان حكمًا حين امتنع ثبوت الولاية في المال للأولياء، فلا اعتبار وجود أصل الشفقة نفذنا العقد، ولا اعتبار نقصان الشفقة أنشأ الخيار لأن ثبوت الولاية لكيلا يفوت الكفء الذي خطبها فيكون بمعنى النظر لها، وإما يتم النظر بإثبات الخيار حتى ينظر لنفسه بعد اللوغ بخلاف الأب فإنه وافر الشفقة تام الولاية فلا حاجة إلى إثبات الخيار في عقده وكذلك في عقد الجد لأنه بمنزلة الأب تثبت ولايته في انشال والنفس.

(١) رواه البيهقي [١٦٧/٧] من طريق عثمان بن عمر عن يونس عن الزهري قال: أخبرني غير واحد أن عبد الله بن جعفر جمع بين بنت علي وامرأة علي ثم ماتت بنت علي فتزوج عليها سناً لعلي أخرى. قال: وقد رواه ابن أبي ذئب عن عبد الرحمن بن مهران عن عبد الله بن جعفر نحوه، ورواه من طريق جرير بن عبد الحميد عن مغيرة عن قثم مولى آل العباس قال: جمع عبد الله بن جعفر بين ليلى بنت مسعود النخيلية وكانت امرأة علي رضي الله عنه وبين أم كلثوم بنت علي لفاطمة رضي الله عنها فكانتا امرأتيه وأخرجه ابن سعد من طريق علي بن علي بن السائب أن عبد الله بن جعفر تزوج ليلى امرأة علي ورنب بنت علي من غيرها. وأخرجه ابن أبي شيبة من وجه آخر، وعلقه البخاري وأخرجه الدارقطني: ولابن أبي شيبة أيضاً من طريق عكرمة بن حائد أن عبد الله بن صفوان تزوج امرأة رجل من ثقيف وابنته، وله عن ابن علية عن أيوب سئل ابن سيرين عن ذلك فقال: لا بأس به، نبئت أن جيلة كان بمصر فعله. زاد الدارقطني له صحة، وقال البيهقي: وعن أيوب أنه قال: نبئت أن سعد بن قرقا رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع بين امرأة رجل وابنته من غيرها \*.

(٢) وفي المبسوط ج ٤ ص ٢١١، ولا بأس بأن يتزوج الرجل المرأة وبنت روح قد كان لها من قبل ذلك، يجمع بينهما، لأنه لا قرابة بينهما.

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا نظر الرجل إلى فرج المرأة من شهوة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: تحرم على ابنه وعلى أبيه، وتحرم عليه أمها وابنتها <sup>(١)</sup>.

وقال ابن أبي ليلى: لا يجوز ذلك، لأن بنت الزوج لو كان ذكرًا لم يكن له أن يتروح الأخرى، لأنها منكوحة أبيه، ولكان امرأتين لو كانت إحداها ذكرًا لم تجز المناكحة بينهما فالجمع بينهما نكاحًا لا يجوز كالأختين، ولكننا نستدل بحديث عبدالله بن جعفر رضي الله عنهما فإنه جمع بين امرأة علي عليه السلام وابنته، ثم المانع من الجمع قرابة بين المرأتين أو ما أشبه القرابة في الحرمة كالرضاع، وذلك غير موجود هنا، وما قابله ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى إنما يعتبر إذا تصور من الجاسين كما في الأختين، وذلك لا يتصور هنا فإن امرأة الأب لو صورتها ذكرًا جاز له نكاح النت، فعرفنا أنهما ليستا كالأختين، ولا بأس بأن يجمع بين امرأتين كانتا عند رجل واحد، لأنه لا قرابة بينهما، كما جاز للأول أن يجمع بينهما فكذلك الثاني، وكذلك لا بأس بأن يتزوج المرأة ويروج ابنه أمها أو ابنتها، فإن عماد بن الحنفية تزوج امرأة وزوج ابنتها من ابنه، وهذا لأن بنكاح الأم تحرم الأم هي على ابنه فأمها أمها أو ابنتها تحرم عليه لا على ابنه، فلهذا جاز لابنه أن يتزوج أمها أو ابنتها، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

(١) وفي المبسوط ج ٤ ص ٢٠٨: ولو نظر إلى فرجها بشهوة ثبت به الحرمة عندنا استحسانًا، وفي القياس لا ثبت. وهو قول ابن أبي ليلى والشافعي لأن النظر كالنفكر إذ هو غير متصل بها، ألا ترى أنه لا يفسد به الصوم وإن اتصل به الإنزال؟ ولأن النظر لو كان موجبًا للحرمة لاستوى فيه النظر إلى الفرج وغيره كالمس عن شهوة، ولكننا تركنا القياس بحديث أم هانئ رضي الله عنها. قلت: قال الحصص رواه جرير بن عبد الحميد عن الحجاج عن أبي هانئ .. وذكر البيهقي أيضًا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من نظر إلى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها» وعن عمر رضي الله عنه أنه جرد جارية ثم نظر إليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال: أما إنها لا تحل لك. وفي الحديث: «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها» ثم النظر إلى الفرج بشهوة نوع استمتاع، لأن النظر إلى المحل إما لجمال المحل أو للاستمتاع وليس في ذلك الموضع جمال ليكون النظر لمعنى الجمال فعرفنا أنه نوع استمتاع كالمس، بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء، ولأن النظر إلى الفرج لا يحل إلا في الملك، بمنزلة المس عن شهوة، بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء. ثم معنى الشهوة المعتدلة في المس والنظر أن تنتشر به الآلة أو يزداد انتشارها. فأما مجرد الاشتهاء بالقلب غير معتبر، ألا ترى أن هذا القدر يكون من الشيع الكبير الذي لا شهوة له؟ والنظر إلى الفرج الذي تتعلق به الحرمة هو النظر إلى الفرج الداخل دون الخارج وإنما يكون ذلك إذا كانت متكئة أما إذا كانت قاعدة مستوية أو قائمة لا تثبت الحرمة بالنظر. ثم حرمة المصاهرة بهذه الأسباب تعدى إلى أمه وإن علوا وأبائه وإن سفلوا من قبل الرجال والنساء جميعًا وكذلك تعدى إلى جداتها وإلى نوافلها، نما بينا أن الأجداد والجدات بمنزلة الآباء والأمهات، والنوافل بمنزلة الأولاد فيما تسي عليه الحرمة، وذلك كله مروى عن إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى. وعلى هذا إذا جامع الرجل أم امرأته حرمت عليه امرأته، نقل ذلك عن أبي بن كعب رضي الله عنه. وكان المعنى فيه أن الحرمة سبب المصاهرة مثل الحرمة بالرضاع والنسب، وذلك كما يمنع ابتداء الكاح يسع بقاء النكاح فكذلك هذا جمع بقاء النكاح كما يمنع ابتداءه.

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

٥٠٣

بلغنا ذلك عن إبراهيم<sup>(١)</sup>. وبلغنا عن عمر بن الخطاب<sup>رضي الله عنه</sup> أنه خلا بجارية له فجردها وأن ابنه له استوهبها فقال له: إنها لا تحل لك<sup>(٢)</sup>. وبلغنا عن عمر بن الخطاب<sup>رضي الله عنه</sup> أنه قال: «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وأمها»<sup>(٣)</sup> وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يحرم من ذلك شيء ما لم يلمسه.

قال: وإذا نظر الرجل إلى فرج أمته من شهوة، فإن أبا حنيفة<sup>رضي الله عنه</sup> كان يقول: لا تحل لأبيه ولا لابنه، ولا تحل له أمها ولا بنتها. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هي له حلال حتى يلمسها<sup>(٤)</sup>.

(١) لم أجد من وصله وروى محمد في آثاره وحججه عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: إذا فل الرجل أم امرأته أو لمسها من شهوة حرمت عليه امرأته. قال: وبه نأخذ، وهو قول أبي حنيفة. وأخرج في الآثار عنه عن إبراهيم بن محمد بن المنذر عن أبيه عن مسروق قال: يبيعوا جاريتي هذه أما إني لم أصب منها إلا ما يحرمها على ابني من لمس أو نظر. قال محمد: وبه بأحد، إلا أما لا يرى النظر شيئاً إلا أن ينظر إلى الفرج بشهوة، فإن نظر إليه بشهوة حرمت على أبيه وأبيه وحرمت عليه أمها وابنتها، وهو قول أبي حنيفة. وقال الإمام أبو بكر الجصاص في أحكام القرآن ج ٢ ص ١٢١: وروى حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله قال: «لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها» قلت: وأخرجه الدارقطني عن حمص بن غياث عن ليث عن حماد. وأخرجه ابن أبي شيبة أيضاً بسنده إلى حماد الحديث. وأخرجه عبد الرزاق عن إبراهيم قوله.

(٢) قال الإمام الجصاص في أحكام القرآن [٦٢ / ٣]: وروى الأوزاعي عن مكحول أن عمر جرد جارية له فسأله إياها بعض ولده فقال: إنها لا تحل لك. وروى حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده جرد جارية ثم سأله إياها بعض ولده فقال: إنها لا تحل لك، وروى المشي عن عمرو بن شعيب عن ابن عمر أنه قال: أيما رجل جرد جارية له فسطر إليه منها، يريد ذلك الأمر، فلها لا تحل لابنه. قلت: وحديث عمر<sup>رضي الله عنه</sup> أخرجه ابن أبي شيبة ومالك كما في كنز العمال.

(٣) لم أقف على مخرجه. روى محمد في كتاب الحججة على أهل المدينة عن قيس ابن الربيع الأسدي عن أبي حصين عن خزيمة بن عبد الرحمن الجمعي قال: مكتوب في التوراة: «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها» \*

(٤) قلت: هذه المسألة والتي قبلها لا فرق بينهما بل هما متشابهان من حيث الوطء. قال في المسبوط ج ٤ ص ٢٠٧: كما تثبت حرمة المصاهرة بالوطء تثبت بالمس والتقبيل عن شهوة عدنا سواء كان في الملك أو في غير الملك. إلى أن قال: ولكننا نستدل بآثار الصحابة رضي الله عنهم. فقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «إذا جامع الرجل المرأة أو قلبها بشهوة أو لحس بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وأمه وحرمت عليه أمها وابنتها» وعن مسروق قال: «يبيعوا جاريتي هذه أما إني لم أصب منها ما يحرمها على ولدي من لمس وثقب» قلت: وقد مرّت الرواية برواية الآثار وبه «إلا ما يحرمها على ولدي» فلعن (إلا) سقطها من الأصل، والله أعلم. قال: ولأن المس والتقبيل سبب يتوصل به إلى الوطء فإنه من دواعيه -

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا تزوج الرجل المرأة بشاهدين من غير أن يزوجه ولي والزوج كفء لها، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: النكاح جائز <sup>(١)</sup> ألا ترى أنها لو رفعت أمرها إلى الحاكم وإلى وليها أن يزوجه كان للحاكم أن يزوجه ولا يسعه إلى ذلك ولا ينبغي له غيره؟ وكيف يكون ذلك من الحاكم والولي جائزا ولا يجوز ذلك منها وهي قد وضعت نفسها في الكفاءة؟ بلغنا عن علي ابن أبي طالب رحمته الله أن امرأة زوجت ابنتها فجاء أولياؤها فخاصموا الزوج إلى علي رحمته الله فأجاز علي النكاح <sup>(٢)</sup>. وكان ابن أبي ليلى لا يجيز

ومقدماته في مقام مقامه في إثبات الحرمة كما أن النكاح الذي هو سبب الوطء شرعاً يقام مقامه في إثبات الحرمة إلا فيما استثناه الشرع وهي الربية، وهذا لأن الحرمة تنبني على الاحتياط في مقام السبب الداعي إلى الوطء فيه مقام الوطء احتياطاً وإن لم يثبت به سائر الأحكام كما تقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقة البعضية في إثبات الحرمة دون سائر الأحكام.

(١) وفي المبسوط ج ٥ ص ١٠ بعد ما ذكر حديث علي رحمته الله الذي ذكره هنا: وفي هذا دليل على أن المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجه فزوجها جاز النكاح في ظاهر الرواية سواء كان الزوج كفواً جاز النكاح وإلا فلا، ثم رجع فقال: النكاح صحيح سواء كان الزوج كفواً لها أو غير كفء، فالنكاح صحيح إلا أنه إذا لم يكن كفواً لها فللأولياء حق الاعتراض. وفي رواية الحسن إن كان الزوج كفواً لها جاز النكاح وإن لم يكن كفواً لها لا يجوز. وكان أبو يوسف أولاً يقول: لا يجوز تزويجها من كفء أو غير كفء إذا كان لها ولي ثم رجع وقال: إن كان الزوج كفواً لها أو غير كفء لها. وذكر الطحاوي قول أبي يوسف أن الزوج إن كان كفواً أمر القاضي الولي بإجازة العقد فإن أجازته جاز، وإن أبى أن يجيزه لم يفسخ، ولكن القاضي يجيزه فيجوز، وعلى قول محمد يتوقف نكاحها على إجازة الولي سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء فإن أجازته الولي جاز وإن أبطله بطل، إلا أنه إذا كان الزوج كفواً لها ينبغي للقاضي أن يجدد العقد إذا أبى الولي أن يزوجه منه.

(٢) ذكره بلاغاً، وكذا ذكره محمد في كتاب النكاح، ووصله في كتاب الحجعة على أهل المدينة، فرواه عن أبي يوسف عن سليمان بن أبي سليمان يعني أبا إسحاق الشيباني عن أمه عن بحرية ابنة هاني أنها أنكحت نفسها القعقاع بن المسور فخاصمه أبوها إلى علي بن أبي طالب رحمته الله فأجاز النكاح وقد دخل بها، وروي عن أبي يوسف عن أبي إسحاق الشيباني عن أبي قيس الأودي أن امرأة معه في الدار زوجت ابنتها فجاء أولياؤها فخاصموا زوجها إلى علي بن أبي طالب رحمته الله فأجاز النكاح. ورواه البيهقي من طريق أبي معاوية عن أبي إسحاق عن أبي قيس، وفي رواية سماها سلمة من عائد الله روحيتها أمها. وروى الأول من طريق هشيم وأبي عروة وابن إدريس عن الشيباني عن بحرية بنت هاني بن قبيصة أنها زوجت نفسها من القعقاع بن شور ومات عندها وجاء أبوها فاستعدى عليها فقال أدخلت بها؟ قال: نعم، فأجاز النكاح، فقال ابن شور وقال: بحرية محبوبة. وفي الجوهر النقي: وقد جاء من وجه آخر قال ابن أبي شيبة حدثنا ابن فضيل عن أبيه عن الحكم فقال: كان علي إذا رفع إليه رجل تزوج امرأة بغير ولي فدخل بها أمضاه. فقد روي من وجوه يشد بعضها بعضها. قلت: ورواه أيضاً محمد في كتاب الحجعة عن عبد الرحمن بن عبد الله بن عنة

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ٥٥٥

ذلك<sup>(١)</sup>. وقال أبو يوسف: وهو موقوف وإن رفع إلى الحاكم وهو كفاء أحزت ذلك كأن القاضي ههنا ولي بلغه أن ابنته قد تزوجت فأجاز ذلك.

قال: وإذا تزوج الرجل المرأة فأعلن المهر وقد كان أسر قبل ذلك مهراً واشهد شهوداً عليه وأعلم الشهود أن المهر الذي يظهره فهو كذا وكذا سمع بها القوم وأن أصل المهر هو كذا وكذا الذي في السر ثم تزوج فأعلن الذي قال، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: المهر هو الأول وهو المهر الذي في السر والسمعة باطل الذي أظهر للقوم. وبه يأخذ<sup>(٢)</sup>.

عن القاسم بن عبد الرحمن في قصة فريعة والمسيب بن نجبة عن عبد الله بن مسعود: أنه أجاز قول فريعة في قبول ثبت المسيب.

(١) وفي المبسوط ج ٥ ص ١١: وأما من جوز النكاح بغير ولي استدلل بقوله تعالى: ﴿فَلَا حَتَّاجَ عَلَيْكُمْ فِيمَا قَعَلْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ﴾ وبقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ وبقوله تعالى: ﴿أَنْ يَنْكِحَ أَحْزَنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ وأضاف العقد إليهن في هذا الآيات فدل أنها صلتك المباشرة. والبراد بالعضل: المنع حبساً بأن يجسبها في بيت ويمنعها من أن تتزوج، وهذا خطاب للأرواح فإنه قال في أول الآية: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾ وبه نقول إن من طلق امرأته وانقضت عدتها فليس له أن يمنعه من التزوج بزواج آخر. وأما الأخبار فقوله ﷺ: «الأم أحق بنفسها من وليها» والأب اسم للمرأة لا زوج لها، بكرًا كانت أو ثيبًا. وهذا هو الصحيح عند أهل اللغة، وهو اختيار الكرخي قال: الأم من النساء كالعزب من الرجال، بخلاف ما ذكر محمد أن الأم اسم للثيب. وقد ياب هذا في شرح الجامع. وقال ﷺ: «ليس للولي مع الثيب أمر» وحديث الخنساء حيث قانت بين يدي رسول الله ﷺ: لكني أردت أن تعلم النسوة أن ليس إلى الأباء من أمور بناتهم شيء. ولما خطب رسول الله ﷺ أم سلمة رضي الله عنها اعتذرت بأعذار من جملتها أن أولياءها غيب، فقال ﷺ: «ليس في أوليائك من لا يرضى بي، قم يا عمر فروح أمك من رسول الله ﷺ» خاطب به عمر بن أبي سلمة وكان ابن سبع سنين، وعن عمر وعلي وابن عمر رضي الله عنهم جوار النكاح بغير ولي، وأن عائشة رضي الله عنها زوجت ابنة أخيها حفصة بنت عبد الرحمن من الميسر من الزبير وهو غائب فلما رجع قال: أو مثلي يفتات عليه في بياته؟ فقالت عائشة رضي الله عنها: أو ترغب عن المنذر؟ والله لتملكه أمرها! وبهذا تبين أن ما روي من حديث عائشة رضي الله عنها غير صحيح، فإن فتوى الراوي بخلاف الحديث دليل وهن الحديث، ومدار ذلك الحديث على الزهري، وأنكره الزهري وجوز النكاح بغير ولي. ثم هو محمول على الأمة إذا زوجت عنها بغير إذن مولاه أو على الصغيرة أو على المذنبة، وكذلك سائر الأخبار التي روي عنها أنها تحمل أو على بيان التذبذب أن لا تباشر المرأة العقد ولكن الولي هو الذي يزوجها. والتفصيل فيه ممن شاء زيادة الإطلاع فليرجع إليه فإنه أطال ومصل فأحاذي.

(٢) وفي المبسوط ج ٥ ص ٨٧: وإذا تزوجها على مهر في السر وسع في العلانية بأكثر منه يؤخذ بالعلانية، وهذا على وجهين: إن كانا تواصعا في السر على مهر ثم تعافدا في العلانية بأكثر منه فالمهر مهر العلانية، لأن تلك المواصعة ما كانت لازمة، وجعل ما عقدا عليه في العلانية بمرئته الزيادة في مهرها

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

وكان ابن أبي ليلى يقول: السمعة هي المهر والذي أسر باطل. أخبرنا أبو يوسف عن مطرف عن عامر قال: إذا أسر الرجل مهراً وأعلن أكثر من ذلك أخذ بالعلاية. أخبرنا أبو يوسف عن الحسن بن عمار عن الحكم عن شريح وإبراهيم مثله.

قال: وإذا زوج الرجل ابنته وقد أدركت، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: إذا كرهت ذلك لم يجرز النكاح عليها لأنها قد أدركت وملكت أمرها فلا تكره على ذلك. بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «البكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها»<sup>(١)</sup> فلو كانت إذا أكرهت أجبرت على ذلك لم تستأمر. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: النكاح جائز عليها

إلا أن يكون أشهد عليها أو على وليها الذي زوجها منه أن المهر هو الذي في السر والعلاية سمعة، فحيث المهر ما سمي لها في السر، لأنها في الإشهاد أظهر أن مرادها الهزل بالزيادة على مهر السر، والهزل ببعض المسمى مانع من الوجوب إلا على قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى، فإنه يقول: كما لا يعمل الهزل في جانب المنكحة وكذلك في جانب الصداق فيكون مهرها مهر العلانية، فأما إذا تعاقدت في السر يالف وأشهدا أنهما يجددان العقد بألفين سمعة فالمهر هو الأول، لأن العقد الثاني بعد الأول لغو، وبالإشهاد علمنا أنهما قصدا الهزل بما سمعا فيه. وإن لم يشهدا في ذلك فالذي أشار إليه في الكتاب أن المهر هو مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر.

قالوا: وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فأما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المهر هو الأول، لأن العقد الثاني لغو فما ذكر فيه من الزيادة أيضاً يلفو. وعند أبي حنيفة أصل العقد الثاني وإن صار لغوً فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبراً بمنزلة من قال لعبدته وهو أكبر سناً منه: هذا ابني فإنه لما لعا صريح كلامه عندهما لم يعتق العبد، وعند أبي حنيفة رحمه الله وإن لعا صريح كلامه في حكم النسب بقي معتبراً في حق العتق.

(١) أخرج الحارثي من طريق أبي يوسف وأسد بن عمرو والحسن بن زياد الحماني وغيرهم عن الإمام عن شيان بن عبد الرحمن عن يحيى بن أبي كثير عن المهاجر بن عكرمة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تنكح البكر حتى تستأمر ورصاها سكوتها، ولا تنكح الثيب حتى تستأذن» وأخرجه طليحة بن محمد من طريق محمد والمقرئ وحزمة وأسد والحسن وغيرهم، وابن حنبل من طريق المقرئ والأشعري من طريق السنياني والكلاعي من طريق الوهي عنه. قلت: وأخرجه الإمام محمد في الحجّة عن مالك عن نافع بن جبير عن مطرف عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «الأم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها» وأخرج حديث ابن عباس مسلم والأربعة. وفي الباب عن علي ومعاذ وابن عمر وأبي ذر والمقداد وابن مسعود وجابر وعمران والمصور وابن عمرو وأنس وأمّهات المؤمنين عائشة وأم سلمة وريب بنت جحش رضي الله عنهم، وأكثرها صحيحة.

\* رواه أبو نعيم في مسند أبي حنيفة (ص ١٢٦)، والشيخاني في الحجّة (٣/١٣٤).

\*\* رواه مسلم (٢/١٠٣٧)، والترمذي (٣/٤١٦)، والبحاري (٦/٢٥٥٦)، وأبو داود (٢/٢٣٢)، والسنائي (٦/٨٤٦)، وأبو داود (٢/٥٩٦)، والبخاري (٣/١٦١)، والشيخاني (٢/٢٥٩).

قال: وإذا تزوج الرجل المرأة ثم اختلفا في المهر فدخل بها وليس بينهما بينة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول في ذلك: لها مهر مثلها إلا أن يكون ما ادعت أقل من ذلك فيكون لها ما ادعت. وكان ابن أبي ليلى يقول: إنما لها ما سعى لها الزوج وليس لها شيء غير ذلك. وبه نأخذ<sup>(٢)</sup>. ثم قال أبو يوسف: بعد أن أقر الزوج بما يكون مهر مثلها أو

(١) وفي المبسوط ج ٥ ص ٢: وحجتنا في ذلك حديث أبي هريرة وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما أن النبي ﷺ رد نكاح بكر زوجها أبوها وهي كارهة. وفي حديث آخر قال في البكر: «زوجها ولها، فإن سكنت فقد رضيت، وإن أمت لم تكره» وفي رواية فلا يجوز عليها. والدليل عليه حديث الخنساء، فإنها جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخيه وأنا لذلك كارهة، فقال ﷺ: «أجيزي ما صنع أبوك» فقالت: ما لي رغبة فيما صنع أبي! فقال ﷺ: «اذهي فلا نكاح لك إنكحي من شئت» فقالت: أجرت ما صنع أبي ولكني أردت أن يعلم النساء أن ليس للإباء من أمور بناتهم شيء». ولم يكر عليها رسول الله ﷺ مقاتلتها ولم يستفسر أنها بكر أو ثيب، فدل أن الحكم لا يختلف. وفي الحديث المعروف: «البكر تستأمر في نفسها وسكوتها رضاها» فدل أن أصل النكاح منها، والشافعي رحمه الله لا يعمل بهذا الحديث أصلاً، فإنه يقول في حق الأب والجد: لا يشترط رضاها، وفي تزويج غير الأب والجد لا يكفي بسكوتها.

(٢) وفي المبسوط ج ٥ ص ٦٥: وإذا اختلف الزوجان في المهر فقال الزوج ألف، وقالت المرأة ألفان، ففي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يحكم مهر مثلها، وفي قول أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى القول قول الزوج إلا أن يأتي بشيء مستنكر حذاً، وجه قولهما أنهما اختلفا في بدل عقد لا يحتمل الفسخ بالإقالة فيكون القول قول المنكر للزيادة، كما لو اختلفا في بدل الخلع والعقد بمال. ولا معنى للمصير إلى تحكيم مهر المثل، لأن وجود مهر المثل عند عدم التسمية، وهنا مع اختلافهما اتفقا على أصل المسمى، وذلك مانع وجوب مهر المثل، ولا معنى للتحالف بينهما، لأن التحالف لفسخ العقد بعد ضامه والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ. والدليل عليه أنه لو طلقها قبل الدخول كان ذا نصف ما يقوله الزوج، ولا يصار إلى تحكيم المتعة فكذا في حال قيام العقد، لأن المتعة بعد الطلاق موجب نكاح لا تسمية فيه كمهر المثل قبله. وأما أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالوا: لصحة النكاح في الشرع موجب وهو مهر المثل لا تقع البراءة عنه إلا بتسمية صحيحة، فعند الاختلاف في المسمى يجب المصير إلى الموجب الأصلي كالصباغ ورب الثوب إذا اختلفا في الأحمر فإنه يصار إلى تحكيم قيمة الصبغ لهذا المعنى. وهذا بخلاف القصار ورب الثوب إذا اختلفا في الأحمر، لأنه ليس لعمل القصار موجب بدون التسمية. ثم النكاح عقد عمتل للفسخ فإنه يفسخ بخيار العتق وبخيار انسلوع وعدم الكفاءة ويستحق فيه التسليم والتسلم، فيشبه البيع من هذا الوجه فإذا وقع الاختلاف في اليد يجب التحالف، بخلاف الطلاق بمال والعتق بمال. وأما إذا طلقها قبل الدخول يصار إلى تحكيم المتعة على ما نص عليه في الجامع. والتفصيل في المبسوط. وقال في معنى قوله: إلا أن يأتي بشيء مستنكر حذاً: والأصح أن مراده أن يدعي شيئاً قليلاً يعلم أنه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة.

• رواه البخاري (٢٥٥٥/٦)، وانظر: الفتح: (١٩٦/٩).

• الفتح (١٨/٤)، وسنن سعيد بن منصور (٧٤٣/٣).

قريباً منه قبل منه وإلا لم يقبل منه.

قال: وإذا اعتقت الأمة وزوجها حر، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يجعل لها الخيار، إن شاءت اختارت نفسها وإن شاءت أقامت مع زوجها <sup>(١)</sup> وكان ابن أبي ليلى يقول: لا خيار لها. ومن حجة ابن أبي ليلى في بريرة أنه يقول: كان زوجها عبداً <sup>(٢)</sup>. ومن حجة أبي حنيفة في ذلك أنه يقول: إن الأمة لا تملك نفسها ولا نكاحها. وقد بلغنا عن رسول الله

(١) وفي المسوط ح ٥ ص ٩٨: وإذا اعتقت الأمة ولها زوج قد كان زوجها المولى منه أو تزوجته يادن المولى فلها الخيار، إن شاءت أقامت معه، وإن شاءت فارقت، لما روي أن عائشة رضي الله عنها لما اعتقت بريرة قال لها رسول الله ﷺ: «ملكك بضحك فاختاري» وكان زوجها مغيث يمشي خلفها ويكي وهي تأباه، فقال النبي ﷺ لأصحابه: «ألا تعجبون من شدة حبه لها وبغضها له!» ثم قال: «اتقي الله فإنه زوجك وأب ولدك» فقالت أنا أمرني؟ فقال: «لا إنما أنا شافع» فقالت: إذا لا حاجة بي إليه. فاختارت نفسها \*. وكان المعنى فيه أن ملك الزوج يزداد عليها بالعق، فإن قبل العتق كان يملك عليها تطليقتين ويملك مراجعتها في قرأين وعدتها حيضتان، وذلك كله يرداد بالعق وهي لا تواصل إلى رفع هذه الزيادة إلا برفع أصل العقد، فأثبت الشرع لها الخيار لهذا، ولهذا لو اختارت نفسها كان فسحا لا طلاقاً بمنزلة الخيار الثابت لرفع أصل العقد، وفي حق من توقف على إجازته لا يكون طلاقاً، ولأن سبب هذا الخيار معنى في جانبها وهو ملكها أمر نفسها والفرقة متى كانت سبب من جهة المرأة لا تكون طلاقاً يستوي إن كان الزوج حراً أو عبداً عندنا، إلى أن قال: الرواة اختلفوا في زوج بريرة رضي الله عنها فروي أنه كان عبداً وروي أنه كان حراً عند عتقها، ولما تعارضت الروايات في صفة زوجها يجعل كأنه لم ينقل في ذلك شيء فيبقى الاعتماد على قول رسول الله ﷺ: «ملكك بضحك فاختاري» وفي هذا التعليل لا فرق بين أن يكون الزوج حراً أو عبداً.

(٢) وفي عقود الجواهر المنيفة ج ١ ص ١١٩: ونقل (أي ابن التركماني) عن ابن حزم في المحلى ما ملخصه أنه لا خلاف أن من شهد بالحرية يقدم على من شهد بالرق لأن عنده زيادة علم، ثم لو لم يختلف أنه كان عبداً هل جاء في شيء من الأخبار أنه عليه السلام إنما خيرها لأنها تحت عبداً؟ هذا لا يجلونه أبداً فلا فرق بين من يدعي أنه خيرها لأنه كان عبداً وبين من يدعي أنه خيرها لأنه كان أسود واسمه مغيث، فالحق إذن أنه إنما خيرها لكونها عتقت فوجب تخيير كل معتقة سواء كانت تحت حر أو عبد، وإلى هذا ذهب ابن سيرين وطاوس والشعبي، وذكر ذلك عيد الرزاق بأسانيد صحيحة. وأخرجه ابن أبي شيبة عن النخعي ومجاهد، وحكاها الخطابي عن حماد والثوري وأصحاب الرأي. وفي التمهيد: وبه قال مكحول. وفي الاستذكار إنه قول ابن المسيب أيضاً، والله أعلم.

\* رواه أبو داود (٢٧٠/٢)، والدارقطني (٢٩٣/٣)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٨٣/٣)، وابن حبان (٩٦/١٠)، وانظر: التحقيق (٢٧٩/٢)، ونصب الراية (٢٠٦/٣)، والمحلى (٢٣٤/٩، ٢٣٥).

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

٥٠٩ —————  
 ﷺ أنه خير بريرة حين عتقت (١). وقد بلغنا عن عائشة رضي الله عنها أن زوج بريرة كان حرًا (٢).

قال: وإذا تزوجت وزوجها غائب كان قد نهي إليها فولدت من زوجها الآخر ثم جاء زوجها الأول، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: الولد للأول وهو صاحب الفراش. وقد بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» (٣). وكان ابن أبي ليلى

(١) أخرجه الحارثي في مسنده من طريق علي بن يزيد عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة أنها أعتقت بريرة ولها زوج مولى لآل أبي أحمد فخيرها رسول الله ﷺ فاختارت نفسها ففرق بينهما، وكان زوجها حرًا. قلت: حديث عتق بريرة وتحريرها أخرجه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها.

(٢) أخرجه الحارثي من طريق زيد بن الحباب: سمعت أبا حنيفة، وهو في المسجد الجامع بالكوفة يسأله قوم من أهل خراسان عن زوج بريرة أكان عبدًا أو حرًا فقال: كان حرًا، فخيرها النبي ﷺ. حدثني حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة، وأخرجه البخاري وغيره من الأئمة، وأخرجه الإمام محمد في كتاب الحجّة عن أبي معاوية عن الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها، وأخرجه عن عباد بن العوام عن عاصم الأحول عن الشعبي عن عائشة، وأخرجه عن عباد بن العوام عن سعيد بن أبي عروبة عن إبراهيم عن الأسود قال: سألت عائشة رضي الله عنها عن زوج بريرة فقالت: كان حرًا، وأخرجه عن إبراهيم مرسلًا وعن الشعبي موقوفًا.

(٣) أخرجه الحارثي في مسنده من طريق محمد بن بشر عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» وأخرجه محمد بن طلحة من طريق عبد الوهاب بن نجدة عن الإمام عن إسماعيل بن عياش الحمصي عن شرحبيل بن مسلم الخولاني عن أبي أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول عام حجة الوداع: «إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية للوارث، والولد للفراش وللعاهر الحجر...» الحديث بطوله، وأخرجه القاضي أبو بكر محمد بن عبد الباقي في مسند الإمام من طريق أبي يوسف عنه عن علي بن مسهر عن الأعمش عن إسماعيل بن عياش - الحديث. قلت: وأخرجه الشيخان من حديث أبي هريرة وعائشة وفي حديثها قصة سودة، ورواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رفعه: «لا دعوة في الإسلام، ذهب أمر الجاهلية، الولد للفراش وللعاهر الحجر» ورواه البيهقي عن عثمان ﷺ أن رسول الله ﷺ قضى أن الولد للفراش وللعاهر الحجر، وفيه قصة. ورواه الترمذي من حديث أبي أمامة، ورواه أبو داود عن علي ﷺ أن رسول الله ﷺ قضى أن الولد للفراش، وفيه قصة.\*

\* رواه البخاري (٧٢٤/٢)، (٨٥٢)، (١٠٠٧/٣)، (١٥٦٥/٤)، (٢٤٨١/٦)، (٢٤٩٩)، (٢٤٨٤)، ومسلم (٢/١٢٨٠)، والترمذي (٤٦٣/٣)، (٤٣٣/٤)، والطحاوي (١٠٤/٣)، (١١٣)، (١١٤)، والنسيفي (٨٦/٦)، (١٥٧/٧)، (٤٠٢)، والدارقطني (٣١٣/٣)، (٢٤١/٤)، والشافعي في مسمه (ص ١٨٧)، وأبو داود (٢٨٢/٢)، والنسائي (١٨٠/٦)، وابن ماجه (٦٤٦/١)، والحاكم (٣١١/٣) انظر: الدراية (٧٣/٢)، والتلخيص (٣/٤).

يقول: الولد للأخر لأنه ليس بعاهر.  
والعاهر: الزاني لأنه متزوج. وكذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب عليه السلام.  
وبه نأخذ <sup>(٢)</sup>.

(١) أخرجه الإمام محمد في دعوى الأصل، وأخرجه البيهقي من طريق هشيم عن الشيباني عن عمران بن كثير أن عبيد الله بن الحر تزوج جارية من قومه يقال لها الدرداء زوجها أبوها فاطلق عبيد الله ولحق بمعاوية فاطال الغيبة على امرأته ومات أبو الجارية فزوجها أهلها من رجل منهم يقال له عكرمة فبلغ ذلك عبيد الله فقدم فخاصمهم إلى علي عليه السلام فرد عليه المرأة، وكانت حاملاً من عكرمة فوضعها علي يدي عدل فقالت المرأة لعلي: أنا أحق بمالي أو عبيد الله بن الحر؟ فقال: بل أنت أحق بذلك، قالت: فأشهدك أن كل ما كان لي على عكرمة من شيء من صداقي فهو له، فلما وصعت ما في بطنها ردها إلى عبيد الله بن الحر وألحق الوليد بأبيه.

(٢) وفي كتاب الدعوى من المبسوط ج ١٧ ص ٦١ محتجاً للإمام في هذه المسألة: لأنه صاحب الفرائض الصحيح، فإن نفيه لا يفسد فراشه، والزوج الثاني صاحب الفرائض الفاسد. ولا معاوضة بين الصحيح والفاسد بوجه بل الفاسد مدفوع بالصحيح، والمرأة مردودة على الزوج الأول والولد ثابت النسب منه كمن زوج أمته فجاءت بولد ثبت النسب من الزوج دون المولى وإن ادعاه المولى، لأن ملك اليمين لا يعارض النكاح في الفرائض بل الفرائض الصحيح لصاحب النكاح بل أولى، فإن هناك ملك اليمين عند الأفراد غير مثبت للحل والنكاح الفاسد عند الأفراد غير مثبت للحل، فإن نفى الأول والأخر الولد أو نفاه أحدهما أو ادعيا أو ادعاه أحدهما فهو للأول على كل حال، ولا حد ولا لعان لأنها غير محصنة حين دخل الزوج الثاني عليها بنكاح فاسد، فلا يجري اللعان بينها وبين الأول، والنسب إذا ثبت بالنكاح لا ينتفي إلا باللعان. وكان ابن أبي ليلى يقول: الولد للثاني، لأن الفرائض الفاسد يثبت النسب كالفرائض الصحيح أو أقوى حتى يثبت النسب به على وجه لا ينتفي بالنفي، ثم الثاني إليها أقرب يداً والولد مخلوق من مائه حقيقة فيترجح جابه بالقرب واعتباراً للحقيقة. وذكر أبو عصمة عن إسماعيل بن حماد عن عبد الكريم الجرجاني عن أبي حنيفة عليه السلام أن النسب يثبت من الزوج الثاني كما هو قول ابن أبي ليلى، وفيه حديث الشعبي ذكره [أي محمد] في الكتاب (أي في الدعوى من الأصل) أن رجلاً من الجعفيين زوج ابنته من عبيد الله بن الحر ثم مات ولحق عبيد الله بمعاوية عليه السلام فزوج الجارية إختوها، وجاء ابن الحر فخاصم زوجها إلى علي عليه السلام فقال علي عليه السلام: أما إنك الممالي علينا عدونا! فقال: أيسعي ذلك من عدلك؟ فقال: لا، ف قضى بالمرأة له وقضى بالولد للزوج الآخر، إلا أن أبا حنيفة رحمه الله قال: الحديث غير مشهور فلا يترك به القياس الظاهر، ولو ثبت وجب القول به. وكان أبو يوسف رحمه الله يقول: إن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني فهو من الزوج الأول وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً منذ تزوجها الثاني فهو الزوج الثاني سواء ادعياه أو نفياه، لأن النكاح الفاسد يلحق بالصحيح في حكم النسب، فباعتراض الثاني على الأول ينقطع الأول في حكم النسب ويكون الحكم للثاني، والتقدير فيه بأدنى مدة الحمل اعتباراً للفاسد بالصحيح. وإسا قلنا إن الأول ينقطع بالثاني، لأن بدخول الثاني بها تحرم على الأول ويلزمها العدة من الثاني ووجوب العدة ليس إلا لصيانة الماء في الرحم، فلو لم يكن النسب بحيث يثبت من الثاني لم يكن

## باب الطلاق

قال: أخبرنا أبو يوسف عن الأشعث بن سوار<sup>(١)</sup> عن الحكم عن إبراهيم عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه كان يقول في الحرام: إن نوى به يمينًا فيمين وإن نوى طلاقًا فطلاق وهو ما نوى من ذلك<sup>(٢)</sup>. وإذا قال الرجل: كل حل علي حرام، فإن أنا حنيفة رضي الله عنه كان يقول:

لوجوب العدة عليها من الثاني معنى. وعلى قول محمد رحمه الله إن جاءت به لأكثر من سنتين منذ دخل بها الثاني فهو للثاني، وإن جاءت به لأقل من سنتين منذ دخل بها فهو للأول، لأن وجوب العدة عليها من الثاني بالدخول لا بالنكاح، والحكمة إنما تثبت على الأول لوجوب العدة من الثاني فكانت حرمتها عليه بهذا السب كحرمتها بالطلاق، والتقدير بأدى مدة الحمل عند قيام الحل ولا حل بينهما فالعبرة للمكان، فإذا جاءت به لأقل من سنتين منذ دخل بها الثاني يتوهم أنه يكون هذا من علوق كان قبل دخول الثاني بها في حال حلها للأول فكان السب ثأناً منه، وإن جاءت به لأكثر من سنتين فقد انقطع هذا التوهم فكان النسب من الثاني.

(١) هو أشعث بن سوار الكندي التوابي: جمع تابوت، الأفرق الأثرم، قاضي الأهواز كوفي. روى عن الحسن وابن سيرين وطائفة. وعنه شعبة وحفص بن غياث وهشيم، وحلق. قال الثوري: أئست من مجالد. قال ابن معين والدارقطني ضعيف. وقال عبد الله بن أحمد الدورقي عن يحيى بن معين: أشعث ابن سوار ثقة. قلت: روى له الأربعة إلا أبا داود ومسلم متابعه والبحاري في الأدب المفرد. مات سنة ١٣٦.

(٢) وأخرجه البيهقي [٣٥١/٧] من طريق سفيان عن أشعث بن سوار عن الحكم عن إبراهيم عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه كان يقول: نيته في الحرام ما نوى، إن لم يكن نوى طلاقاً فهي يمين. وروى من طريق أبي مسلم عن الأنصاري عن أشعث عن الحسن في الحرام إن نوى يمينًا فيمين، وإن نوى طلاقاً فطلاق. وروى من طريق علي بن الجعد عن شريك عن مخول بن راشد عن أبي جعفر في الحرام إن نوى طلاقاً فهي تطليقة واحدة وهو أملك بالرجعة، وإن لم ينو طلاقاً فيمين يكفرها. قال (أي علي بن الجعد): وأنا شريك عن مخول عن عامر عن ابن مسعود مثله. وروى عن عمر أنه كان يجعل الحرام يمينًا. وروى عن سفيان عن حبيب بن أبي ثابت عن إبراهيم عن عمر أنه أتاه رجل قد طلق امرأته تطليقتين فقال: أنت علي حرام. فقال عمر: لا أردّها عليك. وروى عن الشعبي في الرجل يجعل امرأته عليه حرامًا قال: يقولون إن عليًا جعلها ثلاثًا، قال عامر: ما قال رضي الله عنه هذا إنما قال: لا أحلها ولا أحرمها. قال البيهقي: وروينا فيما مضى عن علي أنها ثلاث إذا نوى إلا أنها رواية ضعيفة. قلت: وقال الحافظ علاء الدين في الجوهري: وقال صاحب الاستدكار: الصحيح عن علي رضي الله عنه أنها ثلاث، وكذا مذهب زيد إلى أن قال: وذكر البيهقي في هذا الباب عن جماعة من الصحابة وغيرهم قالوا: الحرام يمين يكفرها. وهذا يرد قول الشافعي ولا يكون يمينًا، وإذا كان الحرام يمينًا فاليمين لا يكفر إلا بعد الخنث. وكلام هؤلاء محمول على ما إذا أطلق التحريم ولم يكن له نية، وكلام علي وغيره ممن جعله طلاقاً محمول على ما إذا نوى الطلاق. انتهى ما قاله الحافظ.

وروى الإمام محمد في كتاب الآثار عن الإمام عن حماد عن إبراهيم في الرجل يقول لامرأته: أئست

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

القول قول الزوج، فإن لم يعن طلاقاً فليس بطلاق وإنما هو يمين يكفرها، وإن عني الطلاق ونوى ثلاثاً فثلاث، وإن نوى واحدة فواحدة بائنة، وإن نوى طلاقاً ولم ينو عدداً فهي واحدة بائنة<sup>(١)</sup>. وكذا إذا قال لامرأته: هي علي حرام<sup>(٢)</sup>. وكذلك إذا قال لامرأته:

علي حرام: إن نوى الطلاق فهي واحدة وهو أملك برجعتها.

قال محمد: وأما في قول أبي حنيفة فإن نوى الطلاق فهو ما نوى، وإن نوى واحدة فهي واحدة بائنة، وإن نوى طلاقاً ولم ينو عدداً فهي واحدة بائن. وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائن، وإن نوى واحدة يملك الرجعة فهي واحدة بائن، وإن نوى ثلاثاً فهي ثلاث لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، وإن لم ينو طلاقاً فهي يمين، وهو مول إن تركها أربعة أشهر لا يقرها بانت بالإيلاء، وإن لم تكن له نية فهو إيلاء أيضاً، وإن نوى الكذب فليس بشيء. وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله.

(١) وفي المبسوط ج ٦ ص ٧١: «ولو قال: كل حل علي حرام يسأل عن نيته، فإذا نوى يميناً فهو يمين ولا تدخل امرأته فيه إلا أن ينويها فإذا لم ينو حمل ذلك على الطعام والشراب خاصة» وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله تعالى كما يفرغ من يمينه يحث وتلزمه الكفارة. فإن فتح العينين والقعود والقيام حل داخل في هذا التحريم فكان شرط الحنث عقيب التحريم موجوداً. ولكننا نقول: علمنا يقيناً أنه لم يرد به العموم لأن البر مقصود ولا تصور للبر إذا حمل على العموم، فإذا لم يمكن اعتبار معنى العموم فيه حمل على المتعارف وهو الطعام والشراب الذي به قوام النفس. ولا تدخل المرأة فيه إلا أن ينويها، لأن إدخالها بدون النية لمرعاة العموم وقد تعذر ذلك، والعادة أن المرأة إذا قصدت بالتحريم تخص بالذكر «فإن نواها دخلت فيه» لأن المنوي من محتملات لفظه، ولكن لا يخرج الطعام والشراب، حتى إذا أكل أو شرب أو قرب امرأته حنث، لأن ظاهر لفظه للطعام والشراب ولا يدين في صرف اللفظ عن ظاهره «فإذا حنث سقط عنه الإيلاء» لأن الكفارة لرمته وارتفعت اليمين «وإن لم يكن له نية فهو يمين يكفرها» لأن الحرمة باليمين أدنى الحرمات «وإن نوى الطلاق فالقول فيه كالقول في المسألة الأولى» وعند نية الطلاق لا يكون يميناً. لأنه لفظ واحد فلا يسع فيه معنيان مختلفان والطلاق غير اليمين. فإذا عملت نيته في الطلاق سقط اعتبار معنى اليمين. وعلى هذا روى عيسى بن أبان عن أبي يوسف ومحمد أنه لو قال لامرأتين: أنتما علي حرام ينوي في إحدهما الطلاق وفي الأخرى اليمين أنه يكون طلاقاً فيهما جميعاً، وكذلك لو نوى في إحدهما الطلاق ثلاثاً وفي الأخرى واحدة يكون ثلاثاً فيهما جميعاً لأنه كلام واحد فلا يحتمل معنيين مختلفين «وإن نوى الكذب فهو كذب» كما يبي في الفصل الأول.

(٢) وهذه المسألة في المبسوط ج ٦ ص ٧٠ مبسطة مدللة مشروحة أنقل لك بعض صورها: قال: وإن نوى الطلاق أي بالحرام لأنها مفروضة في لفظ الحرام، ولم ينو عدداً فهذه واحدة بائنة لأن نية الطلاق قد صحت فيقع القدر المتيقن وهو الواحدة، وإن لم ينو الطلاق ولكن نوى اليمين كان يميناً فإن تحريم الحلال يمين، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فَدَفَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ جاء في التفسير أنه كان حرم مارية القبطية على نفسه، وفي بعض الروايات حرم العسل على نفسه، وروى الصحاح عن أبي بكر وعمر وابن

خلية أو برية أو بائن أو بنة فالقول قول الزوج وهو ما نوى، إن نوى واحدة فهي واحدة بائنة، وإن نوى ثلاثاً فثلاث<sup>(١)</sup> بلغنا ذلك عن شريح<sup>(٢)</sup> وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائنة، وإن لم ينو طلاقاً فليس بطلاق غير أن عليه اليمين ما نوى طلاقاً. وبه نأخذ. وكان

مسعود وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم في هذا اللفظ أنه لو نوى الطلاق فهو طلاق وإن نوى اليمين فهو يمين، وعن ابن عمر قريباً منه، وعن ريد<sup>(٣)</sup> قال: يمين يكفرها. والشامي رحمه الله يقول: تحريم الحلال لا يكون يميناً ولكن تحب به الكفارة في الروحة والأمة خاصة، وكذلك إن لم يكن له نية فهو يمين، لأن الحرمة الثانية باليمين دون الحرمة التي تثبت بالطلاق، وعند الاحتمال لا يثبت إلا القدر المتيقن فكان يميناً إن قرها كمر عن يمينه للحث، وإن لم يقرها حتى مصت أربعة أشهر بانت بالإيلاء. وكذلك لو نوى الإيلاء فهو ونية اليمين سواء، وإن نوى الكذب فهو كذب لا حكم له، لأن كلامه من حيث الظاهر كذب فإنه وصفها بالحرمة وهي حلال له. قالوا: هذا فيما بينه وبين الله تعالى، فأما في القضاء فلا يدين، لأن كلام العاقل محمول على الصحة والعمل به شرعاً فلا يلغى مع إمكان الأعمال، وفي حمله على الكذب العاؤه. ولم يذكر في الكتاب ما لو قال: نويت به الظهار، وذكر في الوادر أنه يكون ظهاراً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأنها تحرم عليه بالظهار كما تحرم عليه بالطلاق فكان ما نوى من محتملات لفظه، وعند محمد لا يكون ظهاراً لأن الظهار تشبيه المحللة بالحرمة فبدون حرف التشبيه وهو الكاف لا يثبت الظهار.

(١) وفي المبسوط ج ٦ ص ٧٢: ولو قال: أنت مني بائن أو بنة أو خلية أو برية فإن لم ينو الطلاق لا يقع الطلاق لأنه تكلم بكلام محتمل فالبينونة تارة تكون من المنزل وتارة تكون في الصحبة والعشرة وتارة من النكاح، واللفظ المحتمل لا يتعين فيه بعض الجهات بدون النية أو غلبة الاستعمال، ولأن بدون النية معنى الطلاق مشكوك في هذا اللفظ والطلاق بالشك لا ينزل، وإن نوى الطلاق فهو كما نوى إن نوى ثلاثاً فثلاث لأنه نوى أتم أنواع البينونة فإن البينونة تارة تكون مع احتمال الوصل عقبيه وتارة تكون على وجه لا يحتمل الوصل عقبيه وهو الثلاث ما لم تتزوج بزوج آخر فعملت نيته، وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائنة عندنا خلافاً لزفر رحمه الله. وقد ييسر في الفصل الأول الكلام في هذا فإن قوله بائن كلمة واحدة فلا تحتمل العدد، وإن نوى واحدة أو نوى الطلاق فقط فهي واحدة بائنة عندنا إلخ.

(٢) روى الإمام عن حماد عن إبراهيم أن عروة بن المغيرة أرسل إلى شريح وهو أمير الكوفة فسأله: يقول الرجل لامرأته: أنت طالق البتة؟ فقال: كان علي ابن أبي طالب<sup>(٤)</sup> يجعلها ثلاثاً، وكان عمر<sup>(٥)</sup> يجعلها واحدة وهو أملك برجمتها. فقال عروة بن المغيرة: فما تقول أنت؟ قال شريح: أخبرتك بما قالوا، فقال عروة بن المغيرة: عزمت عليك لما قلت فيها. قال شريح: أراه قد خرج منه الطلاق وقوله «البتة» بدعة فنيته عند بدعته، فإن كان أراد ثلاثاً فثلاث، وإن كان أراد واحدة فواحدة بائنة وهو خاطب. ثم قال إبراهيم: وقول شريح أحب إلي من قولهما، رواه عنه الحسن بن زياد في مسنده. وأخرجه ابن خسر و أيضاً في مسنده من طريقه عنه. ورواه محمد عنه في كتاب الآثار نحو ما رواه ابن زياد. قال محمد: وبه نأخذ. وهو قول أبي حنيفة.

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

ابن أبي ليلى يقول في جميع ما ذكرت: هي ثلاث تطليقات لا نديه في شيء منها ولا نجعل القول قوله في شيء من ذلك<sup>(١)</sup>.  
قال: وإذا قال الرجل لامرأته: أمرك في يدك فقالت: قد طلقت نفسي ثلاثاً، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: إذا كان الزوج نوى ثلاثاً فهي ثلاث، وإن كان نوى واحدة فهي واحدة بآئنة. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هي ثلاث ولا يسأل الزوج عن شيء<sup>(٢)</sup>.  
قال: وكان أبو حنيفة رحمته يقول في الخيار: إن اختارت نفسها فواحدة بآئنة، وإن اختارت زوجها فلا شيء. وبه نأخذ<sup>(٣)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: إن اختارت نفسها فواحدة يملكها الرجعة، وإن اختارت زوجها فلا شيء.

(١) وفي المبسوط ج ٦ ص ٧١: وعلى قول ابن أبي ليلى في هذا ونظائره من الكنايات وهي ثلاث لا يدين في شيء لأنه وصفها بكونها محرمة عليه والحرم لا تثبت صفة للمحلل إلا بزوال صفة الحل لاستحالة اجتماع الضدين في محل واحد. وصفة الحل لا تزول إلا بالتطليقات الثلاث، فكان وقوع الطلاق موجباً لهذا اللفظ حقيقة فلا يدين في شيء آخر، ولكننا نقول: وصفها بالحرمه أنواع ولها أسباب، فإذا نوى نوعاً أو سبباً كان المنوي من محتملات كلامه فتصح نيته.

(٢) وفي المبسوط ج ٦ ص ٢٣٢: وعن ابن أبي ليلى هي ثلاث ولا يصدق في القضاء إذا قال نويت واحدة لأنه فوض إليها هذا الكلام جنس ما يملك عليها وذلك ثلاث، ولكننا نقول: التفويض قد يكون خاصاً وقد يكون عاماً، فإذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضاً خاصاً وهو غير مخالف للظاهر، وكذلك إن نوى الطلاق فقط، لأنه لا يثبت إلا القدر المتيقن عند الاحتمال، وكذلك إن نوى اثنتين لأن هذا نية العدد وهي لا تسع في هذا اللفظ فتكون واحدة بآئنة.

(٣) وفي المبسوط ج ٦ ص ٢١٣: «ثم المخيرة إذا اختارت زوجها لم يقع عليها شيء إلا على قول علي رحمته فإنه يقول يقع تطليقة رجعية إذا اختارت زوجها» فكانه جعل عين هذا اللفظ طلاقاً «فقال: إذا اختارت زوجها فالواقع به طلاق لا يرفع الزوجية، ولسنا نأخذ بهذا بل نأخذ بقول عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنهما إذا اختارت زوجها فلا شيء» وهذا الحديث عائشة رضي الله عنها قالت: خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه، ولم يكن ذلك طلاقاً «وإن اختارت نفسها فواحدة بآئنة عندنا» وهو قول علي رحمته، وعلى قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما واحدة رجعية، وعلى قول زيد رحمته إذا اختارت نفسها فثلاث، وكأنه حمل هذا اللفظ على أتم ما يكون من الاختيار، وعمر وابن مسعود رضي الله عنهما حملاً على أدنى ما يكون منه وهو التطليقة الرجعية، ولكننا نأخذ فيه هذا بقول علي رحمته، لأن اختيارها نفسها إنما يتحقق إذا زال ملك الزوج عنها وصارت مالكة أمر نفسها وذلك بالواحدة البائنة وليس في هذا اللفظ ما يدل على الثلاث. لأن حكم ملكيتها أمر نفسها لا يختلف بالثلاث والواحدة البائنة، ولهذا قلنا: وإن نوى الثلاث بهذا اللفظ لا تقع إلا واحدة بآئنة لأن هذا مجرد نية العدد منه، وقوله «احتاري» أمر بالفعل فلا يحتمل معنى العدد بخلاف قوله «أنت بائ» فنية الثلاث إنما تصح هاك باعتبار أنه نوى به نوعاً من البيونة، وهنا الاختيار لا يتنوع فبقي هذا مجرد نية العدد. قلت: فابن أبي ليلى اختار قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما إذا اختارت نفسها، ولم يذكر السرخسي قوله.

قال: وإذا قال الرجل لامرأته ولم يدخل بها: أنت طالق أنت طالق أنت طالق، طلقت بالتطليقة الأولى ولم يقع عليها التطليقتان الباقيتان. وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. بلضا عن عمر بن الخطاب وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت وإبراهيم رضي الله عنهم بذلك، لأن امرأته ليست عليها عدة فقد بانث منه بالتطليقة الأولى وحلت للرجل، لا ترى أنها لو تزوجت بعد التطليقة الأولى قبل أن يتكلم بالثانية زوجاً كان نكاحاً جائزاً؟

(١) وفي المبسوط ج ٦ ص ٨٨ في ابتداء باب من الطلاق قال رحمه الله: «رجل قال لامرأته ولم يدخل بها: أنت طالق ثلاثاً تطلق ثلاثاً عندي» وهو قول عمر وعلي وابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهم. وقال الحسن البصري: تقع واحدة بقوله طالق، فتبين لا إلى عدة، وقوله ثلاثاً يصادمها وهي أحنية فلا يقع بها شيء كما لو قال: أنت طالق وطالق وطالق. ولكننا نقول: الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوف بذكر العدد، لأن الموقع هو العدد فإذا صرح بذكر العدد كان هو العامل دون ذكر الوصف، ولهذا لو ماتت المرأة بعد قوله طالق قبل قوله ثلاثاً لا يقع شيء، وهذا لأن الكل كلمة واحدة في الحكم، فإن إيقاع الثلاث لا يتأني بعبارة أوجز من هذا، والكلمة الواحدة لا يفصل بعضها من بعض، بخلاف قوله: أنت طالق وطالق وطالق، لأنها كلمات متفرقة «فأما إذا قال: أنت طالق أنت طالق أنت طالق، بانث بالأولى وكان الثنتان فيما لا يملك» وهو قول علي وابن مسعود وريد وإبراهيم «وقال ابن أبي ليلى: إذا كان في مجلس واحد يقع ثلاث تطليقات» لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ويجعلها ككلام واحد. ولكننا نقول: كل كلمة إيقاع على حدة فلا تعمل إلا في محل قابل له، فإذا بانث لا إلى عدة لم تنق محلاً لوقوع عليها «ثم عد أبي يوسف تبين بالأولى قبل أن يفرغ من الكلام الثاني، وعند محمد بعد فراغه من الكلام الثاني» لجواز أن يلحق بآخر كلامه شرطاً أو استثناء، ولكن هذا إنما يتحقق عند ذكر حرف العطف وهو الواو، فأما بدونها لا يتحقق الخلاف، لأنه لا يلحق به الشرط والاستثناء.

(٢) ذكر البيهقي في سننه وحكي الشافعي في كتاب اختلاف العراقيين، أظنه عن أبي يوسف في أن الرجل يقول لامرأته لم يدخل بها: أنت طالق أنت طالق أنت طالق فالتطليقة الأولى ولم تقع عليها الباقيتان. هذا قول أبي حنيفة، بلضا عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وإبراهيم رحمه الله بذلك. قلت: ولم يستد. وأخرج عن عمر وعني باب إمضاء الثلاث في الرجل يطلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها قال: هي ثلاث لا تحل له حتى سكح زوجها غيره. وروي عن سفيان عن عاصم بن مهند عن زر عن عبد الله قال: المطلقة ثلاثاً قبل أن يدخل بها بمنزلة التي قد دخل بها. وروي عن ابن عمرو واس عمر وابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهم. قلت: المقصود منه بكلمة واحدة، وأما إذا فصله فهو كما ذكر عنهم أبو يوسف كما نحوه. أخرج أبو يوسف ومحمد في آثارهما عن الإمام عن حماد عن إبراهيم أنه قال: إذا قال الرجل لامرأته ولم يدخل بها: أنت طالق أنت طالق أنت طالق، بانث بالأولى وكانت الثنتان فيما لا يملك، وإذا طلقها ثلاثاً جماعة فهي عليه حرام حتى تنكح زوجاً غيره، وهذا لحظ أبي يوسف. قال محمد: وهذا نأخذ. وهو قول أبي حنيفة. قلت: وقول عمر أخرجه سعيد بن منصور أيضاً ذكره في كنز العمال.

فكيف يقع عليها الطلاق وهي ليست بامرأته وهي امرأة غيره؟ وبه نأخذ.  
وكان ابن أبي ليلى يقول: عليها الثلاث التطليقات إذا كانت من الرجل في مجلس واحد ما وصفت لك.

وإذا شهد شاهد على رجل أنه طلق امرأته واحدة وشهد آخر أنه طلقها اثنين، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: شهادتهما باطلة لأنهما قد اختلفا. وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع عليها من ذلك تطليقة لأنهما قد اجتمعا عليها. وهذا نأخذ <sup>(١)</sup>.

قال: وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً وقد دخل بها، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول في ذلك: لها السكنى والنفقة حتى تنقضي عدتها. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لها

(١) قلت: وهو قول محمد أيضاً. قال السرخسي في ج ٦ ص ١٤٨ من مسوطه: وإذا شهد شاهد على تطليقتين وشاهد على ثلاث والزوج يجحد ذلك أو شهد شاهد بتطليقة والآخر بتطليقتين أو شاهد بتطليقة والآخر بثلاث، لم تقبل هذه الشهادة في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما وابن أبي ليلى تقبل على الأقل، لأن المعتبر اتفاق الشاهدين في المعنى دون اللفظ حتى لو شهد أحدهما بالحدة والآخر بالتخلى تقبل، وقد اتفق الشاهدان على الأقل، لأن الأقل موجود في الأكثر فصار كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخسمائة والمدعي يدعي الأكثر تقبل شهادتهما على الأقل. إلى أن قال: ثم لو ادعى ألفين وشهد شاهدان بألف وخسمائة والمدعي يدعي الأكثر تقبل شهادتهما على الأقل. إلى الشاهدين بألف والآخر بألفين ينبغي أن تقبل على الأقل. وأبو حنيفة يقول: اختلف الشاهدان في المشهود به لفظاً ومعنى فلا تقبل الشهادة، كما لو قال أحدهما إنه قال لها: خلية والآخر إنه قال لها: أنت برة، وإنما قلنا ذلك لأن أحدهما شهد بالواحدة والآخر بثنتين أو بثلاث، والواحدة أصل العدد لا تركب فيها والاثنان والثلاث اسم لعدد مركب فكانت المغايرة بينهما على سبيل المضادة، ومن حيث إن اللفظ الواحد غير الثنية والجمع. والدليل عليه أنه مدعي الاثنين أو الثلاثة لا يكون مقراً بالواحد إذ لو كان مقراً بالواحد لكان مرتدًا بالشرك بعد ذلك فينبغي أن تقبل، ولأن التطليقتين اسم واحد والتطليقة كذلك وبزيادة حرف يتغير الاسم كما يقال زيد وزيدان ونصر وناصران، وكذلك في آلاف والألفين، وإذا ثبت المغايرة كان على كل واحد من الأمرين شاهد واحد فلا يتمكن القاضي من القضاء بشيء. بخلاف الألف مع الألف وخسمائة فإنهما اسمان أحدهما معطوف على الآخر فيجعل الاتفاق بينهما على الألف لفظاً ومعنى.

كذلك في قوله طالق وطالق وفي قوله فلانة وفلانة وهذا بخلاف الدعوى مع الشهادة فإن الاتفاق هناك في اللفظ ليس بشرط، فأما بين الشهادتين الموافقة في اللفظ شرط. ألا ترى أنه لو ادعى المصعب أو القتل وشهد شاهدان بالإقرار به تقبل، ولو شهد أحد الشاهدين بالمصعب والآخر بالإقرار به لا تقبل؟ وهذا لأن الشهادة تعتمد اللفظ، ألا ترى أنها لا تقبل ما لم يقل: أشهد؟ والذي يطل من ههنا ما ذكر في كتاب الرجوع: لو شاهدان بتطليقة وشاهدان بثلاث تطليقات وعرف القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعا كان صمان نصف الصداق على شاهدي الثلاث دون شاهدي الواحدة؟ ولو اعتبر ما قالوا أن الواحدة توجد في الثلاث لكان الصمان عليهم جميعاً.

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ٥١٧

السكى وليس لها النفقة<sup>(١)</sup>. وقال أبو حنيفة رحمه الله: لم وقد قال الله عز وجل في كتابه: ﴿فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ وبلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه جعل للمطلقة

(١) وفي المبسوط ج ٥ ص ٢٠١: فأما المتونة فلها النفقة والسكى ما دامت في العدة عدداً. وعلى قول الشافعي لها السكى ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً، وعلى قول ابن أبي ليلى لا نفقة للمتونة في العدة. واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها قالت: «طلقني زوجي ثلاثاً فلم يجعل لي رسول الله ﷺ نفقة ولا سكى» إلا أن في صحة هذا الحديث كلاماً، فإنه روي أن زوج فاطمة أسامة بن زيد رضي الله عنهما كان إذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شيء في يده. وعن عائشة رضي الله عنها قالت: تلك المرأة فتنت العالم، أي بروايتها هذا الحديث. وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبي ﷺ يقول امرأة لا تدري أصدقت أم كذبت حفظت أم نسيت؟ سمعت رسول الله ﷺ يقول: «للمطلقة الثلاث النفقة والسكى ما دامت في العدة». وتأويله إن ثبت من وجهين: أحدهما أن زوجها كان غائباً فإنه خرج إلى اليسر ووكل أحياه بأن ينفق عليها خبز الشعير فأبى ذلك، ولم يكن الزوج حاضراً ليقضي عليه شيء آخر. والثاني أنها كانت بذينة اللسان على ما روي أنها كانت تؤذي أحماء زوجها حتى أخرجوها. فأمرها رسول الله ﷺ أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم رضي الله عنه، فظنت أنه لم يجعل لها نفقة ولا سكى. ثم لا خلاف في استحقاتها السكى، فإنه منصوص عليه بقوله تعالى: ﴿لَا تَحْزَنْهُنَّ مِنْ بَيُوتِهِنَّ.....﴾ الآية، وقال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾ فلما أُنْزِلَتْ الآية: ﴿لَا تَحْزَنْهُنَّ﴾ والسكى كل واحد منهما حق مالي مستحق لها بالنكاح، وهذا العدة حق من حقوق النكاح. فكما يبقى باعتبار هذا الحق ما كان لها من استحقاق السكى فكذلك النفقة، وباستحقاق السكى يتبين بقاء ملك اليد للزوج عليها ما دامت في العدة، وكما يثبت استحقاق النفقة بسبب ملك اليمين يثبت بسبب ملك اليد، ألا ترى أن نفقة رقيق المكاتب عليه في كسبه لما له فيه من ملك اليد؟ ولا يدخل عليه نفقة المرهون، فإنه لا يكون على المرتهن مع ملك اليد له، لأن ملك اليد للمرتهن في المالية دون العين فإن يده يد الاستيفاء وذلك في المالية دون العين. ثم ذكر نفقة الحامل واستواء الحامل والحائض فيها بالدلائل، فمن شاء الاطلاع عليها فليرجع إليه. قلت: وما روي عن عمر أخرج مسلم والترمذي من طريق أبي إسحاق عن الأسود، ورواه القاضي إسماعيل والطحاوي عن حجاج بن منهال عن حماد بن سلمة عن الشعبي عن الشعبي عن عمر. وفيه سمعت رسول الله يقول: «لها السكى والنفقة» ذكره الحافظ علاء الدين التركماني في المحوهر النقي، وذكره ابن حزم أيضاً وأدخل بين حماد والشعبي حماد بن أبي سليمان. وليس هذا اللفظ عند مسلم والترمذي.

- رواه أبو داود (٢٨٧/٢)، والنسائي (١٤٤/٦)، والدارمي (٢١٨/٢)، وانظر: الشراري فمصة للشوكاني (ص ٢٩٠) وسيل السلام (١٩٨/٣).

ثلاثًا السكنى والنفقة<sup>(١)</sup>.

قال: وإذا آلى الرجل من امرأته فحلف لا يقرها شهرًا أو شهرين أو ثلاثًا، لم يقع عليه بذلك إيلاء ولا طلاق، لأن يمينه كانت على أقل من أربعة أشهر. حدثنا بذلك سعيد بن أبي عروبة<sup>(٢)</sup> عن عامر الأحول<sup>(٣)</sup> عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس رضي الله عنهما<sup>(٤)</sup> وهو قول أبي حنيفة. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو مول منها إن تركها أربعة أشهر بانت بالإيلاء، والإيلاء: تطليقة بائنة<sup>(٥)</sup>.

(١) رواه أبو يوسف في كتاب الآثار عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن عمر أنه كان يجعل للمطلقة ثلاثًا السكنى والنفقة فقالت فاطمة بنت قيس: طلقني زوجي ثلاثًا فلم يجعل لي رسول الله ﷺ سكنى ولا نفقة، فقال عمر: «لا تأخذ بقول امرأة لا ندري صدقت أم كذبت وندع كتاب الله». وأخرجه الأشناني من طريق عبيد الله بن موسى عنه. وأخرجه الحارثي من طريق حلف بن ياسين الزيات عنه عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عمر موصولا. وأخرجه الحسن بن زياد عنه عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن فاطمة وعمر رضي الله عنهما. وأخرجه ابن خسر عن طريق ابن زياد عنه. قلت: وأخرجه مسلم والترمذي من طريق أبي إسحاق عن الأسود، وكذلك ابن أبي شيبة والبيهقي.

(٢) هو سعيد بن أبي عروبة مهران الشكري مولاهم، أبو النضر البصري الحافظ العلم. روى عن الحسن والنضر بن أنس حديثًا واحدًا وأبي التياح ومطر الوراق، وخلق. وعنه شعبة وابن عليّة ويزيد بن زريع ومحمد بن جعفر وخلق. قال ابن معين: ثقة من أثبتهم في قتادة. وقال أبو حاتم: ثقة قبل أن يخلط. وقال دحيم: اختلط سنة خمس وأربعين ومائة. وقال النسائي: لم يسمع من عمرو بن دينار وزيد بن أسلم والحكم بن عتيبة. قلت: روى له الستة. مات سنة ١٥٦.

(٣) هو عامر بن عبد الواحد البصري الأحول. روى عن شهر بن حوشب ومكحول وسواهما، وعنه سعيد بن أبي عروبة وهشام الدستوائي. وثقه أو حاتم. قال ابن معين: ليس به بأس، وقال أحمد: ليس بالقوي. قلت: روى له الستة إلا أن البخاري في جزء القراءة له. وذكره ابن حبان في الثقات.

(٤) ورواه أبو يوسف في كتاب الآثار أيضًا بهذا السند، ولفظه: «من آلى من امرأته شهرًا أو شهرين أو ثلاثًا أو ما دون الأربعة فليس عليه إيلاء» قال وذكر أبو حنيفة عنه نحو هذا، وأخرجه ابن أبي شيبة أيضًا في مصنفه من طريق عطاء عن ابن عباس بإسناد صحيح، وأخرجه البيهقي من طريق موسى بن إسماعيل ويونس بن محمد عن أبي قدامة الحارث بن عبيد عن عامر الأحول بسنده المذكور، ولفظه «وكان إيلاء أهل الجاهلية السنة والستين وأكثر من ذلك فمن كان إيلاءه أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء».

(٥) وفي المبسوط ج ٧ ص ٢٢: وإذا حلف لا يقرها أقل من أربعة أشهر لم يكن موليًا عندنا، وقال ابن أبي ليلى: هو مول إن تركها أربعة أشهر بانت بتطليقة، وهكذا كان أبو حنيفة يقول في الاستدعاء فلما بلغه فتوى ابن عباس رضي الله عنهما: «لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر» رجع عن قوله. وابن أبي ليلى استدلل بظاهر الآية: قال الله تعالى: ﴿لَّذِينَ يُؤْثِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ والإيلاء هو

وإذا حلف الرجل لا يقرب امرأته في هذا البيت أربعة أشهر فتركها أربعة أشهر منه يقرها فيه ولا في غيره، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ليس عليه في هذا الإيلاء، ألا ترى أن له أن يقرها في غير ذلك البيت ولا تجب عليه الكفارة؟ وإيضا الإيلاء كل مبيع تضع الجماع أربعة أشهر لا يستطيع أن يقرها إلا أن يكفر بمينه. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا: هو مول إن تركها أربعة أشهر بانت بالإيلاء <sup>(١)</sup> والإيلاء تطليقة بآئنة.

قال: وإذا ظاهر الرجل من امرأته فقال: أنت علي كظهر أمي يوماً أو وقت وقتاً أكثر من ذلك، فإن أبا حنيفة رحمه الله يقول: هو مظاهر منها لا يقرها في ذلك الوقت حتى يكفر الظهار، فإذا مضى ذلك الوقت سقطت عنه الكفارة وكان له أن يقرها بغير كفارة. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو مظاهر منها أبداً، وإن مضى ذلك الوقت فهو مظاهر لا يقرها حتى يكفر كفارة الظهار <sup>(٢)</sup>.

قال: وإذا ارتد الزوج عن الإسلام وكفر، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: بانت منه امرأته إذا ارتد، لا تكون مسلمة تحت كافر. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هي امرأته على حالها حتى يستتاب، فإن تاب فهي امرأته، وإن أبى قتل وكان لها ميراثها منه <sup>(٣)</sup>.

اليمين، فتقييد اليمين بمدة أربعة أشهر يكون زيادة، ولكننا نقول: المولى من لا يملك قربان امرأته في المدة إلا بشيء يلزمه، وإذا عقد يمينه على شهر فهو يتمكن من قربانها بعد مضي الشهر من غير أن يلزمه شيء، فلم يكن مولىً في ترك مجامعتها مدة بغير يمين.

(١) وفي المبسوط ج ٧ ص ٢٥: وإن حلف لا يقرها في مكان كذا أو في مصر كذا أو قال في أرض العراق، لم يكن مولىً عندنا. وقال ابن أبي ليلى: هو مول لأنه قصد الإضرار والتعنّت بيمينه فلمه حكم الإيلاء. ولكننا نقول: اليمين إذا وقعت بمكان توقفت به فهو يتمكن من قربانها في غير ذلك المكان في المدة من غير أن يلزمه شيء، فلا يتحقق به منع حقها في الجماع.

(٢) وفي المبسوط ج ٦ ص ٢٣٢: وإن قال: أنت علي كظهر أمي اليوم فهو كما قال لا يقرها في ذلك اليوم حتى يكفر، فإذا مضى اليوم بطل الظهار. وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى: هو مظاهر أبداً حتى يكفر، وقاس هذا بالحرمة الثابتة بالطلاق في أنه لا يتوق بالتوقيت، ولكننا نقول: موجب الظهار الحرمة وهو محتمل للتوقيت كالحرمة بسبب العدة، وحرمة البيع إلى الفراغ من الجمعة، وحرمة الصيد على المحرم إلى أن يحل، والحرمة بسبب اليمين، فإذا احتمل التوقيت صح توقيته ولا يبقى بعد مضي الوقت، بخلاف الطلاق فالحرمة هنا باعتبار زوال الملك أو لانعدام محل الخل وذلك لا يحتمل التوقيت، وعلى هذا لو قال: أنت علي كظهر أمي شهراً أو حتى يقدم فلان، فهو كما قال، ويسقط بمضي الشهر أو قدوم فلان لانتهاء الحرمة بمضي وقتها.

(٣) وفي المبسوط ج ٥ ص ٥٩: وابن أبي ليلى يقول: لا تقع الفرقة بردة أحدهما قبل الدخول ولا بعده حتى يستتاب المرتد، فإن تاب فهي امرأته، وإن مات أو قتل ورثته، وحمل هذا قياس إسلام أحد الزوجين على ما بينا. ولكننا نقول: الردة تنافي النكاح، واعتراض سبب المنافي للنكاح، موجب

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا رجعت المرأة من أهل الإسلام إلى الشرك، كان هذا والباب الأول سواء في قولهما جميعاً، غير أن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يعرض على المرأة الإسلام، فإن أسلمت على سبيلها، وإن أبت حبست في السجن حتى تتوب ولا تقتل. بلغنا ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما <sup>(١)</sup>.

للفرقه بنفسه كالحرمية، فاما اختلاف الدين عنه لا ينافي النكاح، حتى يجوز ابتداء النكاح بين المسلم والكتابية، وكذلك الإسلام لا ينافي النكاح، فإن النكاح نعمة وبالإسلام تصير النعم عرزة له، فلهذا لا تقع الفرقه هناك إلا بقضاء القاضي بعد إباء الآخر. ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها نصف المهر إن كان لم يدخل بها، ونفقة العدة إن كان دخل بها وإن كانت هي التي ارتدت فلا مهر لها إن كان قبل الدخول، وليس لها نفقة العدة بعد الدخول. والكلام في أن هذه الفرقه طلاق أو بغير طلاق كما بينا.

(١) أخرجه أبو يوسف في خروجه عن الإمام عن عاصم عن زر عن ابن عباس قال: «لا تقتل النساء إذا هن ارتددن عن الإسلام ولكن يحسن ويدعين إلى الإسلام ويجبرن عليه» وأخرجه الحسن بن زياد في مسنده عنه ومحمد في الآثار عنه وقال عن أبي رزین في مكان زر، ولفظه «لا يقتل النساء إذا ارتددن عن الإسلام ويجبرن عليه» وأخرجه الدارقطني، وأخرجه ابن أبي شيبة من طريق الإمام، وأخرجه عبد الرزاق عن الثوري عن عاصم، وأخرجه الدارقطني عن الثوري عن الإمام عن عاصم. وروى الدارقطني عن خلاص عن علي: المرتدة تستتاب ولا تقتل. وروى عبد الرزاق عن الثوري عن يحيى بن سعيد (أي الأنصاري) أن عمر أمر في أم ولد تنصرت أن تباع في أرض ذات موة عليها ولا تباع في أهل دينها، وروى الطبراني عن معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين بعته إلى اليمن: «أما امرأة ارتدت عن الإسلام فادعها فإن تابت فأقبل منها وإن أبت فاستبها» وإسناده ضعيف\*\*\*، وعن أبي هريرة أن امرأة ارتدت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتلها، أخرجه ابن عدي في ترجمته حفص بن سليمان الأسدي وهو ضعيف عند أهل الحديث. فمن تأمل في هذه الطرق علم أن للحديث أصلاً، بل يرتقي بكثرة الطرق والشواهد إلى الحسن. وقد تابع الإمام أبو مالك النخعي وحديثه صاف عن الخبر لأن رواه ثقات، وتابعه الثوري كما هو عند عبد الرزاق والدارقطني، وهو مذهب الثوري، ذكره ابن عبد البر، وهذا دليل صحة الحديث عنده. وفي التمهيد: وروى قتادة عن خلاص عن علي مثله، وهو قول الحسن وعطاء.

• رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٤٢/٦) والدارقطني في سننه (٢٠١/٣).

• رواه ابن أبي شيبة (٤٤٢/٦)، والدارقطني (٢٠١/٣)، وانظر: الدراية (١٣٧/٢)، ونصب الرأية (٣/٤٥٧).

• رواه الطبراني كما في المجمع (٢٦٣/٦)، وقال: فيه سامر لم يسم، قال مكحول عن ابن أبي طلحة البصري بقاء رجاله ثقات. وانظر: الدراية (١٣٦/٢)، وضعفه الحافظ.

وكان ابن أبي ليلى يقول: إن لم تنب قتلت. وبه يأخذ<sup>(١)</sup>. ثم رجع إلى قول أبي حنيفة رحمه الله. وكيف تقتل وقد نهى رسول الله ﷺ عن قتل النساء في الحروب من أهل الشرك<sup>(٢)</sup>؟ فهذه مثلهم.

(١) وفي المسوط ح ١٠ ص ١٠٨: ولا تقتل المرتدة ولكنها تحبس وتجر على الإسلام عذبا. وقد الشافعي رحمه الله: تقتل إن لم تسلم. هكذا كان يقول أبو يوسف رحمه الله تعالى في الإساءة ثم رجع. وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنها تخرج في كل قليل وتعرر تسعة وثلاثين سوطا، ثم تعاد إلى الحبس إلى أن تتوب أو يموت. واستدل الشافعي بقوله ﷺ: «من بدل ديه فاقتلوه» وهذه الكلمة تعم الرجال والنساء كقوله تعالى: ﴿مَنْ شَهِدَ مَكْرَهُنَّ شَهِيرَ فَلْيُصْنَعْهُ﴾ وتبين أن الموجب للقتل تبديل الدين، لأن مثل هذا في لسان صاحب الشرع نبيان العلة، وقد تحقق تبديل الدين منها.

وفي الحديث أن النبي ﷺ قتل مرتدة يقال لها أم مروان إلخ وأطال حجه قال: وحجتنا في ذلك نهى النبي ﷺ عن قتل النساء، وفيه حديثان: أحدهما: ما رواه رباح بن ربيعة عنه أن النبي ﷺ رأى في بعض الغزوات قوماً مجتمعين على شيء فسأل عن ذلك فقالوا: يظرون إلى امرأة مقتولة فقال: لو أحد أدرك حالداً وقال له: لا تقتلن عسيماً ولا ذرية! والثاني: حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ رأى امرأة مقتولة فقال: «من قتل هذه؟» قال رجل: أنا يا رسول الله، أردفتها خلفي فأهوت إلى سيفي لتقتلني، فقال: ما شأن قتل النساء؟ وأراها ولا تعد؟ ولما رأى رسول الله ﷺ يوم فتح مكة امرأة مقتولة فقال: ها ما كانت هذه تقتلن! ففي هذا بيان أن استحقاق القتل بعله القتال، وأن النساء لا يقتلن لأنهن لا يقاتلن. وفي هذا لا فرق بين الكفر الأصلي وبين الكفر الطارئ. وما روي من الحديث غير مجري على ظاهره، فالتبديل يتحقق من الكافر إذا أسلم، فعرفنا أنه عام لحقه خصوص فنخصه ونحمله على الرجال بدليل ما ذكرنا. والمرتدة التي قتلت كانت مقاتلة، فإن أم مروان كانت تقاتل وتحرص على القتال، وكانت مطاعة فيهم إلخ وأطال الاحتجاج. قلت: وفي حديث ابن عمر «نهى عن قتل النساء والصبيان» متفق عليه. وأما حديث رباح ابن ربيعة الذي ذكره فأخرجه أبو داود وابن حبان وأحمد والنسائي والطحاوي.

(٢) روى أبو داود من حديث أنس: [١٩٦/٧ - عون]: «لا تقتلوا شيخاً فانياً ولا صغيراً ولا امرأة» وعند البخاري ومسلم عن ابن عمر: «نهى عن قتل النساء والصبيان». وأخرج أبو داود عن رباح بن الربيع بن صيفي: كنا مع رسول الله ﷺ في غزوة فرأى الناس مجتمعين فبعث رجلاً فقال: انظر، فقال: امرأة قتيل، فقال: «ما كانت هذه لتقاتل» وأخرجه ابن حبان وأحمد والنسائي وابن ماجه، وفي رواية لأبي داود في حديث الصعب بن جثامة. وقال الزهري: ثم نهى بعد ذلك عن قتل النساء والصبيان. وروى الطحاوي عن ابن بريدة [٢٢١/٣] كان رسول الله ﷺ إذا بعث سرية قال لهم: «لا تقتلوا وليداً ولا امرأة» وروي عن أبي سعيد: نهى رسول الله ﷺ عن قتل النساء والولدان قال: هما لمن غلب. وروي عن ابن عمر أنه نهى عن قتل النساء والصبيان. وروي عن كعب بن مالك رفعه: نهى الذين قتلوا ابن أبي الحقيق حين خرجوا إليه عن قتل الولدان =

## اختلاف أبي حنيفة وأبي ليلي

قال: وإذا قال الرجل: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو كما قال. وأي امرأة تزوجها فهي طالق واحدة<sup>(١)</sup>. وهذا نأخذ<sup>(٢)</sup>. وكان ابن أبي ليلي يقول: لا يقع عليه الطلاق، لأنه عمم فقال: كل امرأة أتزوجها، فإذا سمي امرأة مسماة أو مصراً بعينه أو جعل ذلك إلى أجل، فقولهما فيه سواء، ويقع به الطلاق.

قال: وإذا قال الرجل لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق أو قال: إذا تزوجت إلي كذا وكذا من الأجل امرأة فهي طالق، أو قال: كل امرأة أتزوجها من قرية كذا وكذا فهي طالق، أو من بني فلان فهي طالق، فهما جميعاً كانا يقولان: إذا تزوج تلك فهي طالق،

- والنساء. وروي عن حنظلة الكاتب: كنت مع رسول الله ﷺ فمر بامرأة لها خلق وقد اجتمعوا عليها، فلما جاء أفرجوا، فقال: ما كانت هذه تقاتل، ثم أتبع رسول الله ﷺ خالداً أن لا تقتل امرأة ولا عسيفاً. قلت: ورواه ابن حبان وأحمد والنسائي وابن ماجه أيضاً، وفيه ذرية، مكان امرأة\*.
- (١) وفي المبسوط ج ٦ ص ٩٦: ولو قال لامرأة: كلما تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً فهو كما قال، يقع عليها ثلاث كلما تزوج بها إلخ قال: وهذه المسألة تنسب على أصلنا أن ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعناق والظهار يجوز إضافته إلى الملك عم أو خص، وهو قول ابن عباس، فإنه سئل عم يقول لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق، فتلا عليه قوله تعالى: ﴿إِذَا تَكَتْهُمُ الْمُؤْمِنَاتُ نُنَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾ وقال: شرع الله الطلاق بعد النكاح فلا طلاق قبله، وعلى قول ابن أبي ليلي إن خص امرأة أو قيلة انعقدت اليمين، وإن عم فقال: كل امرأة لا تنعقد وهو قول ابن مسعود رحمه الله لما فيه من سد باب نعمة النكاح على نفسه. قلت: فرض المسألة في كلما والمرأة المعينة، ولم يذكر الحجة على ابن أبي ليلي واحتج للشافعي ثم احتج عليه، وأجاب عن الإمام وأطال. وقال في ص ٩٨: وإذا قال لامرأة: إذا تزوجتك أو إذا ما تزوجتك أو إن تزوجتك أو متى تزوجتك، فهذا كله للمرة الواحدة، لأنه ليس في لفظه ما يدل على التكرار، فإن كلمة إن للشرط وإذا ومتى لوقت بخلاف ما لو قال: كلما تزوجتك، لأن كلمة (كلما) تقتضي التكرار فلا يرتفع اليمين بالتزويج مرة، ولكن كلما تزوجها يصير عند التزويج كالمنجز للطلاق.
- (٢) وفي المبسوط ج ٦ ص ١٣٠: وإذا قال: كل امرأة أتزوجها أبداً فهي طالق، فتزوج امرأة مطلقاً ثم تزوجها ثانية، لم تطلق، لأن كلمة كل تقتضي جميع الأساء لا تكرار الأفعال، وإنما يتجدد وقوع الطلاق بتجدد الاسم، ولا يوجد ذلك بعقدين على امرأة واحدة، بخلاف كلمة كلما فإنها تقتضي تكرار الأفعال، وإنما قلنا ذلك، لأن مقتضى كلمة (كل) الجمع فيما يتعقبها والذي يتعقب الكل الاسم دون الفعل، يقال: كل رجل وكل امرأة، ولا يستقيم أن يقال كل ضرب وكل دخل، والذي يتعقبه كلمة كلما الفعل دون الاسم، يقال كلما ضرب وكلما دخل، ولا يقال كلما زيد وكلما عمرو.

\* التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي (٣٣٧/٢)، ونصب الرابة (٤٤٦/١)، (٤٠٧/٣)، (٤٥٧)، وتلخيص الحبير (٤٨/٤)، والدرية (١٣٦/٢)، ونخبة المحتاج (٤٦٩/٢)، والدراري المضية (ص ٤٤٤).

وإن دخل بها فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لها مهر ونصف مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق الذي وقع عليها قبل الدخول. وبه نأخذ<sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: لها نصف مهر، ويفرق بينهما في قولهما جميعاً.

قال: إذا قذف الرجل امرأته وقد وطئت وطناً حراماً قبل ذلك، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا حد عليه ولا لعان. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى: عليه الحد<sup>(٢)</sup>. ولو قذفها غير زوجها لم يكن عليه حد في قول أبي حنيفة. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه الحد<sup>(٣)</sup>.

(١) ونظير هذه المسألة مسألان: مسألة ذكرت في ص ١٣٢ ج ٦ من المبسوط تشابهان هذه المسألة، ولم يذكر السرخسي في كنهه التي ذكرت هنا قال: «وإن قال: أول امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة طلفت حين تزوجها إن مات أو لم يمِت» لأنها بنفس العقد استحققت اسم الأولية بصفة التفردية «فإن دخل بها فلها مهر ونصف مهر: نصف مهر بالطلاق الواقع قبل الدخول، ومهر بالدخول بها» لأن الحد قد سقط عنه بشبهة اختلاف العلماء، والوطء في غير الملك لا ينفك عن حد أو مهر، فإذا سقط الحد بشبهة وجب المهر. ومسألة ذكرت في ص ١٢٩ وهي ولو قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق فتزوجها ثلاث مرات ودخل بها في كل مرة. لم يذكر هذا (أي محمد) في الأصل. قال أبو يوسف في الأمالي: تطلق اثنتين وعليه لها مهران ونصف، وقال محمد: تطلق ثلاثاً وعليه لها أربعة مهور ونصف، ذكره في الرقيات. وجه تخريج أبي يوسف أنه لما تزوجها وقعت تطليقة قبل الدخول ولزمه نصف مهر فلما دخل بها لزمه مهر بالدخول، ثم لما تزوجها وقعت تطليقة أخرى بكلمة كلما ولكنها تكون رجعية عنه، لأنه تزوجها قبل انقضاء علتها منه، وبفسخ الزوج وجب مهر آخر، وذلك مهران ونصف، ثم بالدخول يصير مراجعاً والتزوج الأول وقعت تطليق ووجب نصف مهر بالطلاق ومهر بالدخول وكذلك والتزوج في المرة الثالثة لغو فعنده بتطليقة وعليه لها مهران ونصف. وتخريج قول محمد أن بالتزوج الثاني والثالث، لأن عنده وإن حصل الزوج في العدة لا يخرج به الطلاق من أن يكون واقعاً قبل الدخول، فتطلق ثلاثاً، وعليه أربعة مهور ونصف. ولو قال: كلما تزوجتك فأنت طالق بائن والمسألة بحالها، فعند محمد هذا والأول سواء، وعند أبي يوسف تطلق ثلاثاً بكل تزوج تطليقة بائنة وعليه خمسة مهور ونصف، لأن بالعقد الثاني والثالث في العدة كما وقع طلاق بائن وجب مهر تام، وكذلك يجب بكل دخول مهر تام، فإذا جمعت ذلك كان خمسة مهور ونصفاً.

(٢) وفي باب اللعان من المبسوط ج ٧ ص ٤١: وإذا قذف امرأته وقد زنت فلا حد عليه ولا لعان، لأنها ليست بمحصنة، وهو صادق فيما رماها به من الزنا. وكذلك إن وطئت وطناً حراماً، يريد الوطء بشبهة، وعن أبي يوسف قال: يلاعنها. وهو قول ابن أبي ليلى، لأن هذا الوطء مشتب للنسب موجب للعدة والمهر فلا يسقط به الإحصان كوطء المنكوحة في حالة الحيض، ولكنا نقول: وطء غير المملوك فيكون في معنى الزنا فيسقط به الإحصان، ولكن لا يجب به الحد للشبهة والشبهة تصلح لاسقاط الحد لا لإيجابه، فلو أوجبا على قاذفها الحد واللعان كان به إيجاب الحد بالشبهة، وهذا فارق حكم النسب والعدة، لأنه ثبت مع الشبهة.

(٣) ونظير هذه المسألة في المبسوط ج ٩ ص ١١٦: باب الشهادة في القذف قال: ومن قذف الزمي

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

ينبغي في قول ابن أبي ليلى أن يكون مكان الحد اللعان. قال: وإذا قال الرجل لامرأته: لا حاجة لي فيك، فإن أبا حنيفة رحمهما كان يقول: ليس هذا بطلاق وإن أراد به الطلاق. وبه نأخذ<sup>(١)</sup>. [وكان ابن أبي ليلى يقول: هي تطلق ثلاثاً<sup>(٢)</sup>] وقال أبو حنيفة رحمهما: وكيف يكون هذا طلاقاً وهو بمنزلة: لا أشتبك ولا أريدك ولا أهواك ولا أحبك؟ فليس في شيء من هذا طلاق. قال: وإذا قذف الرجل وهو عبد امرأته وهي حرة وقد أعتق نصف العد أحد الشريكين وهو يسعى للآخر في نصف قيمته، فإن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان يقول: هو عبد ما بقي عليه شيء من السعاية وعليه حد العبد. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو حر وعليه اللعان. وبه نأخذ. وكذلك لو شهد شهادة أبطلها أبو حنيفة وأجازها ابن أبي ليلى. ولو قذف رجل هذا العبد الذي يسعى في نصف قيمته لم يكن عليه حد في قول أبي حنيفة رحمهما، لأنه بمنزلة العبد، وكان على قاذفه الحد في قول ابن أبي ليلى. وبه نأخذ<sup>(٣)</sup>. ولو قطع

بألزنا فلا حد عليه عندنا سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو برنا آخر أو مبهماً. وحكي عن إبراهيم وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى أنه إن قذفه بغير ذلك الزنا بعينه أو بألزنا مبهماً فعليه الحد، لأن الرمي موجب للحد إلا أن يكون الرامي صادقاً وإما يكون صادقاً إذا نسبته إلى ذلك الزنا بعينه ففيما سوى ذلك فهو كاذب ملحق بالشين به، ولكننا نقول: رمي المحصن موجب للحد بالنص، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزُمُونَ الْمَخْصَنَاتِ﴾ والمحصن لا يكون زانياً، فقاذف الزاني بألزنا قاذف غير محصن، وهو صادق في نسبته إلى أصل الزنا فلا يكون ملتزماً للحد.

(١) قلت: وهو قول محمد أيضاً، أفاده في المبسوط بقوله: عندنا. واحتج السرخسي لابن أبي ليلى فقال: لأنه نفى حاجته فيها على الإطلاق وحقيقة ذلك إذا صارت محرمة عليه، وأما ما دامت علة في حقه فله فيها حاجة طبعاً أو شرعاً، لأن النساء خلقن لحوائج الرجال إليهن فكان هذا وقوله: أنت محرمة علي سواء، ولكننا نقول: قوله لا حاجة لي فيك بمنزلة قوله: لا أشتبك ولا أريدك ولا أهواك ولا أحبك، وليس في شيء من هذه الألفاظ ما يدل على الطلاق، والنية متى تجردت عن لفظ يدل عليه كان باطلاً. والأصل فيه ما روي أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله ﷺ فلم يرغبها رغبة فقال: «لا حاجة لي إلى النساء» الحديث. ومعلوم أنه ما كان الطلاق من محتملات لفظه ذلك.

(٢) زيادة من المبسوط، وسقطت هذه الجملة من الأصل، ولا بد منها ليعلم بها اختلافهما.

(٣) وفي المبسوط ج ٧ ص ٣٠٢ باب عتق العبد بين الشركاء: أكثر مسائل هذا الباب تنبي على أصل أبي حنيفة رحمه الله، فإن العتق عنده يتجزئ حتى إن من أعتق نصف عبده فهو بالخيار في انصف الباقي إن شاء أعتقه وإن شاء استساعه في النصف الباقي في نصف قيمته، وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب، وعند أبي يوسف وعبد الشافعي يعتق كله ولا سعاية عليه لقوله عليه الصلاة

هذا العبد يد رجل متعمداً لم يكن عليه القصاص في قول أبي حنيفة عليه. وبه نأخذ، وهو بمنزلة العبد، وكان عليه القصاص في قول ابن أبي ليلى، وهو بمنزلة الحر في كل قليل أو كثير أو حد أو شهادة أو غير ذلك، وهو في قول أبي حنيفة عليه بمنزلة العبد ما دام عليه درهم من قيمته. وكذلك هو في قولهما جميعاً لو اعتق جزءاً من مائة جزء أو بقي عليه جزء من مائة جزء من كتابته إن شاء الله تعالى. وإن كان أمة بين اثنين ولها زوج عند اعتقها أحد موليتها وقضى عليها بالسعاية للآخر، لم يكن لها خيار في النكاح في قول أبي حنيفة حتى تفرغ من السعاية وتعتق، وكان لها الخيار في قول ابن أبي ليلى يوم يقع العتق عليها. وبه نأخذ<sup>(١)</sup>. ولو طلقت يومئذ كانت عدتها وطلاقها في قول أبي حنيفة عليه عدة أمة وطلاق أمة، وكانت عدتها وطلاقها في قول ابن أبي ليلى عدة حرة وطلاق حرة. ولو لم يكن لها زوج وأرادت أن تتزوج لم يكن لها ذلك حتى يأذن الذي له عليها السعاية. فهي في قول أبي حنيفة بمنزلة الأمة، وفي قول ابن أبي ليلى بمنزلة الحرة.

قال: وإذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق إن شاء فلان وفلان غائب لا يدري أحي

والسلام: «من اعتق شقصاً من عبده فهو حر كله ليس لله فيه شريك» إلى أن قال: واستدل أبو حنيفة بحديث سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من اعتق شقصاً من عبدي فإن كان موسراً فعليه خلاصه، وإلا فقد عتق ما عتق ورق ما رق» وقال علي بن عيسى: يعتق الرجل من عبده ما شاء. وتأويل قوله ﷺ «فهو حر كله» سيصير حرّاً كله بإخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية فيكون فيه بياناً أنه لا يستدام الرق فيما بقي منه، وهو مذهبنا، ولأن هذا إزالة ملك اليمين فيخرجها في أهل كاليبيع. وتأثيره أن نفوذ تصرف المالك باعتبار ملكه وهو مالك للمالية دون الرق، فالرق اسم لضعف ثابت في أهل الحرب مجازة وعقوبة على كفرهم وهو لا يحتمل التملك كالحياة إلا أن بقاء ملكه لا يكون إلا بقاء صفة الرق في المحل، كما لا يكون حباً إلا باعتبار صفة الحياة في المحل، فذلك لا يدل على أن الحياة مملوكة له، فإذا ثبت أنه يملك المالية وملك المالية يحتمل التجزي فإنما يزول بقدر ما يريله، ولهذا لا يعتق شيء منه باعتاق البعض عند أبي حنيفة رحمه الله، حتى كان معتق البعض كالمكاتب إلا في حكم واحد وهو أن المكاتب إذا عجز يرد في الرق، لأن السبب هناك عقد محتمل للفسخ، وهذا إذا عجز عن السعاية لا يرد في الرق، لأن سببه إزالة ملك لا إلى أحد وهو لا يحتمل الفسخ إلخ وأطال وأجاد. قلت: ولم يذكر هذه المسألة بصورتها في المبسوط وإنما هي متفرقة في الأبواب: اللعان، وحده القذف، والعتاق.

(١) وهو قول عمد أيضاً كما علم سابقاً من أصلها، وهذه المسألة إلى حتمها وهو قوله: بصرلة أغرة من تفريعات المسألة المذكورة قبلها، والفروع في هذا الباب بنيت على أصل واحد وهو أن العتق ينجز عند الإمام دون ابن أبي ليلى وأبي يوسف وعمر، رضي الله عنهم.

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

هو أو ميت أو فلان ميت قد علم بذلك، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا يقع عليها الطلاق. وهذا نأخذ <sup>(١)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع عليها الطلاق. قال أبو حنيفة: وكيف يقع عليها الطلاق ولم يشأ فلان؟ قال: وإذا قذف الرجل امرأته وقامت لها البينة وهو بهجده، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يلاعن. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يلاعن ويضرب الحد <sup>(٢)</sup>.

وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال له مولاه: طلقها، فإن أبا حنيفة كان يقول: ليس هذا بإقرار بالنكاح إنما أمره بأن يفارقها فكيف يكون هذا إقرارًا بالنكاح؟ وبه نأخذ <sup>(٣)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: هذا إقرار بالنكاح.

(١) قلت: وهو قول محمد أيضًا. قال السرحسي في مبسوطه: ولو قال لها: أنت طالق إن شاء فلان وفلان غائب لا يدري أحي أم ميت أو فلان ميت علم بعد ذلك. لم تطلق عندها. وقال ابن أبي ليلى: هي طالق لأنه لا يتحقق مشيئة فلان بعد موته، ويبقى أصل الإيقاع فيقع الطلاق، ولكننا نقول: التعليق بشرط لا يكون له تحقيقًا للنفي فيخرج به كلامه من أن يكون إيقاعًا. وهذا لأن التعليق بالشرط يخرج كلامه من أن يكون إيقاعًا إلى أن يوجد الشرط. وإذا كان مما لا يتحقق كونه يخرج كلامه من أن يكون إيقاعًا أصلاً.

(٢) وفي المبسوط ج ٧ ص ٤٤: وإذا أنكر الزوج القذف فأقامت المرأة به البينة عليه وجب اللعان بينهما. وعلى قول ابن أبي ليلى يلاعن ويحد. أما اللعان فلأن الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم. ثم قال ابن أبي ليلى: إنكاره بمنزلة إكذابه نفسه فيقام عليه الحد. ولكننا نقول: إنكاره بنفي القذف وإكذابه نفسه تقرير القذف فكيف يستقيم إقامة إنكاره مقام إكذابه نفسه؟ لهذا لا يحد.

(٣) وفي الهداية: «وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال المولى: طلقها أو فارقها فليس هذا بإجازة لأنه يحتمل الرد، لأن رد هذا العقد ومشاركته يسمى طلاقًا ومفارقة، وهو أليق بحال العبد المتمرد أو هو أدنى، فكان الحمل عليه أولى. وقال في العاية: ألا ترى أنه لو قال في النكاح الفاسد: طلقتك كان متاركة؟ وإذا احتمل الأمرين رجحا جهة المتاركة، لأنه أليق بحال العبد المتمرد، وقوله: أو هو أي الرد أدنى، لأنه دفع والطلاق رفع والدفع أسهل من الرفع» فكان الحمل عليه الأولي. فإن قيل: قوله طلقها حقيقة في إيقاع الطلاق المعروف بحاز في المتاركة، والعمل بالحقيقة ممكن فكيف صير إلى المحاز؟ أجيب بأن الحقيقة قد تترك بدلالة الحال وهذا كذلك، وهي الافتيات على رأي المولى «وإن قال: طلقها تطليقة رجعية أو تطليقة ضلك الرجعة فهذا إجازة، لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح فتتبعين الإجازة. وفي المبسوط: وكذلك إذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال مولاه: طلقها فهذا لا يكون إجازة للنكاح عندها، وعند ابن أبي ليلى هو إجازة، لأنه أمره بإيقاع الطلاق، والطلاق لا يقع إلا بعد صحة النكاح. ولكننا نقول: قوله طلقها بمنزلة قوله: فارقها أو دعها أو تركها أو حل سبيلها، وشيء من هذا لا يكون إجازة للنكاح. يوصحه أن الطلاق مشتق من الإطلاق وهو الإرسال، وفي إجازة السكاح إثبات القيد، فالأمر بالإرسال لا يكون إثباتًا للقيد منه.

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ٥٢٧

قال: وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة بائنة فأراد أن يتزوج في عدتها خامسة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا أجزئ ذلك وأكرهه<sup>(١)</sup> له، وكان ابن أبي ليلى يقول: هو جائز، وبه نأخذ.

قال: وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً وهو مريض، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: إن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها منه وبه نأخذ<sup>(٢)</sup>، وكان ابن أبي ليلى يقول: ما

(١) وفي الميسوط ج ٤ ص ١٠٨: رجل له أربع نسوة فطلق واحدة مبين بعد ما دخل بها . ثلاثاً أو واحدة بائنة أو خلعها، لم يجز له أن يتزوج أخرى مادامت في العدة، لأن حرمة ما رُد على أربع كحرمة الأختين، فكما أن هناك العدة تعمل على حقيقة الكاح في المنع فكيف هنا . وقال في ص ٢٠٢: ولا تزوج المرأة في عدة أختها منه من نكاح فاسد أو جائز عن طلاق بائن أو غير بائن. وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى إن كانت تعتد منه من طلاق رجعي فليس له أن يتزوج أختها وإن كان من ثلاث أو خلع فله أن يتزوج أختها في عدتها. وقد روي مثل مذهبه عن زيد بن ريد عن هذا القول، وذكر الطحاوي رحمه الله قول زيد الآخر أنه ليس له أن يفرق بينهما، وخالفهم زيد ثم رجع إلى قولهم.

وقال عبيدة السلماني: ما اجتمع أصحاب رسول الله ﷺ على شيء كاجتماعهم على تحريم نكاح الأخت في عدة الأخت، والمحافظة على الأربع قبل الطهر، وذكر سليمان بن يسار عن علي بن إسحاق عن ابن عباس رضي الله عنهم المنع من نكاح أخت المعتدة من طلاق بائن أو ثلاث. وكان الحسن البصري رحمه الله يقول: إن كانت حاملاً فليس له أن يتزوج أختها، وإن كانت حائلاً فله أن يتزوجها، ثم ذكر حجة الشافعي ثم حجة الإمام وصاحبه، وفصل وأطال.

(٢) وفي الميسوط ج ٤ ص ١٥٤: وإذا طلق المريض امرأته ثلاثاً أو واحدة بائنة ثم مات وهي في العدة، فلا ميراث لها منه في القياس، وهو أحد أقاويل الشافعي رحمه الله تعالى، وفي الاستحسان ترث منه، وهو قولنا.

وقال ابن أبي ليلى: وإن مات بعد انقضاء عدتها ترث منه ما لم تتزوج بزوج آخر، وهو قول الشافعي، وقال مالك رحمه الله تعالى: وإن مات بعد ما تزوجت بزوج آخر فلها الميراث منه. وجه القياس أن سبب الإرث انتهاء النكاح بالموت ولم يوجد لارتفاعه بالتطليقات، والحكم لا يثبت بدون السبب، كما لو كان طلقها قبل الدخول، ولأن الميراث يستحق بالنسب تارة وبالزوجة أخرى. ولو انقطع النسب لا يبقى استحقاق الميراث به سواء كان في صحته أو في مرضه، فكذلك إذا انقطعت الزوجية، ولكننا استحسننا لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم، فقد روى إبراهيم قال: جاء عروة البارقي إلى شريح من عند عمر رضي الله تعالى عنه بحمس خصال، منهن: إذا طلق المريض امرأته ثلاثاً ورثته إذا مات وهي في العدة.

وعن الشعبي أن أم البنين بنت عيينة بن حصن الفزاري كانت تحت عثمان بن عفان رحمه الله ففارقتها بعد ما حوضر فجاءت إلى علي بن أبي طالب رحمه الله بعد ما قتل وأخبرته بذلك، فقال: تركها حتى إذا أشرف على الموت فارقتها وورثها منه. وأن عبد الرحمن بن عوف رحمه الله طلق امرأته فناصر آخر التطليقات الثلاث في مرضه فورثها عثمان رحمه الله وقال: ما اتهمته ولكنني أردت النسبة. وعن عائشة رضي

الميراث ما لم تنزوج.

قال: وإذا طلق الرجل امرأته في صحته ثلاثاً فجحده ذلك وادعته عليه المرأة ثم مات الرجل بعد أن استحلفه القاضي، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا ميراث لها، وبه نأخذ<sup>(١)</sup>، وكان ابن أبي ليلى يقول: لها الميراث إلا أن تقر بعد موته أنه كان موطئاً ثلاثاً.

قال: وإذا خلا الرجل بامرأته وهي حائض أو وهي مريضة ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لها نصف المهر<sup>(٢)</sup> وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لها المهر كاملاً.

الله عنها أن امرأة الفار توث ما دامت في العدة.

وعن أبي بن كعب رحمته الله أنها توث ما لم تنزوج. وقال ابن سيرين: كانوا يقولون: من فر من كتاب الله تعالى رد إليه، يعني هذا الحكم، والقياس يترك بإجماع الصحابة رحمهم الله إلخ والتفصيل فيه فمن شاء زيادة الإطلاع فليرجع إلى المبسوط.

(١) وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً في صحته فجحده ذلك الزوج وادعته المرأة ثم مات الرجل بعد أن استحلفه القاضي على ذلك فلا ميراث لها منه عندنا، لوجود الإقرار منها بارتفاع النكاح في حالة الصحة، ولأنها تعلم أن سبب الأثر غير متحقق وهو انتهاء النكاح بالوفاة، وعلى قول ابن أبي ليلى: لها الميراث منه إلا أن يقر بعد موته أنه قد كان طلقها ثلاثاً، لأن الزوج لما حلف وقضى القاضي بقيام النكاح بينهما كان ذلك تكذيباً منه لها في ذلك الإقرار، والمقر متي صار مكذباً شرعاً في إقراره يبطل حكم ذلك الإقرار، فلهذا كان لها الميراث إلا أن يقر بعد موته إقراراً مستقلاً أنه كان طلقها ثلاثاً، ولكنا نقول: القاضي بعد يمين الزوج لا يقضي بالنكاح ولا يبطل الطلاق الواقع ولكن يمنعها من المنازعة والخصومة من غير حجة ويبقى ما كان على ما كان فلا يتضمن ذلك الحكم تكذيبها في الدعوى، ألا ترى أن البينة بعد اليمين لا تكون مقبولة؟ وإذا تقرر هذا المعنى كان الإقرار السابق منها والموجود بعد موت الزوج في الحكم سواء.

(٢) وفي الهداية: وإن كان أحدهما مريضاً أو صائماً في رمضان أو محرماً بحج فرض أن نفل أو بعمره أو كانت حائضاً فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر، لأن هذا الأشياء موانع. أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر. وقيل مرضه لا يعرّى عن تكسر وفطور، وهذا التفصيل في مرضها وأما صوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكمارة. والإحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء. والحيض مانع طبعاً وشرعاً. قلت: المراد من المانع الشرعي النهي الذي ورد بقول تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْرِضُوا أَلْسِنًا فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَفْرُوهُنَّ حَتَّى يَظْهَرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢] وأما المانع الطبيعي فهو الدم، لأن طبيعة الإنسان تكرهه وتعافيه وفيه تلويث لبعض الأعضاء بالدم. وأما المرض المعارض لأحدهما فمانع حسي.

وإذا قال الرجل لامرأته: إن ضمنت إليك امرأة فأنت طالق واحدة فطلقها فبانت منه وانقضت العدة ثم تزوج امرأة أخرى ثم تزوج تلك المرأة التي حلف عليها، فإن أبا حنيفة كان يقول: لا يقع عليها الطلاق من قبل أنه لم يضمها إليها. وبه نأخذ<sup>(١)</sup> وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع عليها الطلاق.

قال : وإذا قال الرجل : إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها على مهر مسمى ودخل بها، فإن أبا حنيفة كان يقول: هي طالق واحدة بائنة وعليها العدة ولها مهر ونصف: نصف من ذلك بالطلاق، ومهر بالدخول. وبه نأخذ<sup>(٢)</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: لها نصف مهر بالطلاق وليس لها بالدخول شيء. ومن حجته في ذلك أن رجلا ألى من امرأته فقدم بعد أربعة أشهر فدخل بامرأته، ثم أتى<sup>(٣)</sup> ابن مسعود رضي الله عنه فأمره أن يخطبها فخطبها وأصدقها صداقها مستقبلا، ولم يلغنا أنه جعل في ذلك الوطاء صداقا. ومن حجة أبي

(١) وفي المبسوط: وإذا قال الزوج لامرأته: إن ضمنت إليك أخرى فأنت طالق واحدة فطلقها واحدة وانقضت عدتها ثم تزوج امرأة أخرى ثم تزوج امرأته هذه التي حلف عليها، فإنها لا تنطق عندنا. وقال ابن أبي ليلى: تطلق، لأن عنده اليمين انعقد صحيحا في الملك، والشرط وحده في الملك أيضا، لأن الشرط ضم امرأة أخرى إليها، وهذا الضم إنما يتحقق إذا اجتمعنا في نكاحه وذلك بعد ما تزوج بها، ولكننا نقول قوله إن ضمنت إليك امرأة أخرى بمنزلة إن تزوجت عليك وهذا لأن ضم غيرها إليها إنما يتحقق إذا تزوج الأخرى وهي في نكاحه فأما إذا تزوج الأخرى بعد انقضاء عدتها ثم تزوجها فإنما ضمها هي إلى الأخرى ألا ترى أن الشرع حرم ضم الأمة إلى الحرة في النكاح ولو تزوج أمة ثم تزوج حرة بقي نكاح الأمة صحيحا بخلاف ما إذا تزوج حرة ثم تزوج عليها أمة.

(٢) قلت: وقد مر مثل هذه المسألة قبل ذلك في هذا الباب، وليس بينهما فرق إلا أنه ذكرهنا: هي طالق واحدة بائنة، ولم يذكر هناك: بائنة، وزاد هنا احتجاجهما لها. وقد ذكرت شرح المسألة وحلها عن المبسوط وفيه كفاية فلا نعيده مرة ثانية.

(٣) روى أبو يوسف فتوى ابن مسعود في كتاب الآثار عن الإمام عن حماد عن إبراهيم أن عبد الله بن أنس ألى من امرأته فغاب ثم قدم بعد خمسة أشهر فوقع عليها خرج إلى أصحابه ورأسه يقطر فقالوا: أصبت من فلانة؟ قال: نعم. قالوا: ألم تكن آليت منها؟ قال: بلى. قالوا: رها قد بانت منك؟ فانطلقوا إلى علقمة فلم يجدوا عنده فيها شيئا. وانطلق بهم علقمة إلى عبد الله رضي الله عنه فذكروا له أمره وأمرها فقال: أخبرها أنها قد بانت منك وأخطبها، ففعل وأصدقها مثاقيل فضة. وأخرجه الحسن بن زياد وعحمد في آثارهما. قال محمد: وبه نأخذ. ونرى عليه صداقا لوقوعه عليها قبل النكاح الثاني. وهو قول أبي حنيفة وإبراهيم النخعي وحماد بن أبي سليمان، وأخرجه ابن خسر أيضا في مسنده من طريق ابن زياد عنه، قلت: ورواه ابن أبي شيبة عن سفيان بن عيينة عن منصور عن إبراهيم عن علقمة قال: ألى ابن أنس من امرأته فلبثت ستة أشهر فينما هو جالس في المجلس إذ ذكر فأتى ابن مسعود فقال: أعلمها أنها قد ملكت أمرها إلى آخره، ذكره في الجوهر النقي.

حنيفة رحمته الله أنه قال: وقد وقع الطلاق قبل الجماع فوجب لها نصف المهر، وحامها شبهة فعليه المهر<sup>(١)</sup>، ولو لم أجعل عليه المهر جعلت عليه الحد. وقال أبو حنيفة: كل جماع يدرأ فيه الحد ففيه صدق<sup>(٢)</sup> لا بد من الصداق، إذا درأت الحد وجب الصداق وإذا لم أحمل الصديق، فلا بد من الحد. قال أبو يوسف: حدثني محمد بن حماد عن إبراهيم أنه قال فيه: لها مهر ونصف مهر، مثل قول أبي حنيفة. وإذا قال الرجل لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله فدخلت الدار، فإن أبا حنيفة وابن أبي ليلى رضي الله عنهما قالا: لا يقع الطلاق<sup>(٣)</sup>. ولو قال: أنت طالق إن شاء الله ولم يقل: إن دخلت الدار، فإن أبا حنيفة رحمته الله قال: لا يقع الطلاق. وقال: هذا والأول سواء. وبه نأخذ.

حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال في ذلك: لا يقع الطلاق ولا العتاق<sup>(٤)</sup> وأخبرنا عبد الملك بن أبي سليمان<sup>(٥)</sup> عن عطاء بن أبي رباح أنه قال: لا

(١) أخرج الطحاوي بسند صحيح عن ابن المسيب أن رجلاً تزوج امرأة في عتقها فرفع إلى عمر رحمته الله فصرهما دون الحد وجعل لها الصداق. وقال البيهقي: قال مسروق: رجع عمر بن الخطاب رحمته الله عن قوله في الصداق وجعله لها بما استحلت من فرجها. وفي البحر الرائق ج ٣ ص ١٦٩: وإما وجب المهر في الفاسد بالوطء عملاً بحديث السنن: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل» ثلاث مرات. فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها فصار أصلاً للمهر في كل نكاح فاسد بعد حملها له على الصغيرة والأمة كما قدمناه.

(٢) روى أبو يوسف في آثاره [ص ١٣٨] عنه عن حماد عن إبراهيم أنه قال: كل جماع يدرأ فيه الحد ففيه الصداق. وروى محمد عنه في الآثار عن حماد عن إبراهيم قال: إذا دخلت المرأتان كل واحدة على أخي زوجها فوطئت كل واحدة منها، فإنه ترد كل واحدة منهما إلى زوجها ولها الصداق بما استحلت من فرجها ولا يفرها زوجها حتى تقضي عتقها. وروى البيهقي نحوه عن علي رحمته الله.

(٣) قال السرخسي في المبسوط محتجاً لهما: لقوله عليه الصلاة والسلام: «من حلف بطلاق أو عتاق واستثنى فلا حث عليه» ولأن الاستثناء الموصول يخرج الكلام من أن يكون عزيمة. قال الله تعالى ﴿سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ صَابِرًا﴾ [الكهف: ٦٩]. ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك. والوعد من الأنبياء كالعهد من غيرهم، وقد قرنا هذا في الإيمان.

(٤) ورواه في كتاب الآثار أيضاً [ص ١٣٨] عنه عن حماد عن إبراهيم أنه قال: إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله، فليس بشيء ولا يقع الطلاق. وأخرجه محمد أيضاً في آثاره [ص ١٣٧]، ولفظه: أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله. قال محمد: وبه نأخذ وهو قول أبي حنيفة.

(٥) هو عبد الملك بن ميسرة أبي سليمان العرزمي الفزاري أبو محمد الكوفي أحد الأئمة. روى عن أنس وسعيد بن جبيرة، وعنه شعبة والسفيان وخلق. وثقه ابن معين والسنائي، قال ابن نمير: وهو ثقة مأمون عبد أهل الحديث لا نعلم أحداً تكلم فيه غير شعبة من أهل هذا الحديث. \*

يقع الطلاق<sup>(١)</sup> [وقال ابن أبي ليلى: يقع الطلاق هنا، وكذلك العتاق]<sup>(٢)</sup>.

قال: وإذا طلق الرجل امرأته واحدة فانقضت عدتها فتزوجت زوجها ودخل بها ثم طلقها ثم تزوجها الأول، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: هي على الطلاق كله. وبه يأخذ<sup>(٣)</sup>.

روى له الخمسة والبخاري تعليقا مات سنة ١٤٥هـ.

(١) وأخرجه في آثاره أيضا بهذا السند [ص ١٣٦]. وروى عن غالب بن عبيد الله عن عطاء أنه قال: إذا قال أنت طالق إن شاء الله، فلا يقع الطلاق وليس بشيء وأخرج القاضي أبو بكر محمد بن عبد الباقي عن محمد بن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن ابن مسعود إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق بمشيئة الله أو بإرادة الله، المشيئة خاصة لله تعالى لا يقع به الطلاق، والإرادة يقع به الطلاق. وروى البيهقي [٣٦٠/٧، ٤٦/١٠] عن ابن عمر مرفوعا: «إذا حلف الرجل فقال إن شاء الله فقد استثنى». وأخرج أصحاب السنن عن ابن عمر رفعه «من حلف على يمين فقال إن شاء الله ولا حنث عليه» قال الترمذي: حديث حسن. وقد روي موقوفا. وروى الأربعة إلا أبا داود عن أبي هريرة مثله. ورجاله ثقات.

(٢) قلت: سقط هذا اللفظ من الأصل وردته من مبسوط السرخسي. قال السرخسي: وهذا لأن الاستثناء إنما يعمل عنده في اليمين بالطلاق وبالعتاق.

وقوله: أنت طالق أو أنت حرة، ليس بيمين ثم قوله: إن شاء الله في مثل هذا إنما يراد به التحقيق ولا يراد التعليق لا من قوله: أنت طالق أو أنت حرة وصف فيلق به معنى التحقيق ولا يليق به معنى التعليق، ولكننا نقول: قوله إن شاء الله تأثيره في إخراج الكلام من أن يكون عزيمة، والایقاع في هذا والتعليق سواء. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لشيءٍ إني فاعلٌ ذلكَ غداً﴾.

(٣) وفي المبسوط ج ٦ ص ٩٥: وإن طلق امرأته واحدة أو اثنين ثم تزوجها بعد زوج قد دخل بها فهي عنده على ثلاث تطليقات مستقبلات في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وهو قول ابن عباس وابن عمرو وأصحاب عبد الله بن مسعود رحمهم الله، وعند محمد وروفر والشافعي رحمهم الله تعالى هي عنده بما بقي من طلاقها، وهو قول عمر وعلي وأبي بن كعب وعمران بن الحصين وأبي هريرة رضي الله عنهم، فأخذ الشبان من الفقهاء بقول المشائخ من الصحابة رضوان الله عليهم، والمشائخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة رضوان الله عليهم. وحجة محمد في ذلك أن الزوج الثاني غاية للحرمة الحاصلة بالثلاث، قال الله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ وكلمة حتى للغاية حقيقة، وبالتطليقة والتطليقتين لم يست شيء من تلك الحرمة، لأنها متعلقة بوقوع الثلاث، وبعض أركان العلة لا يثبت شيء من الحكم فلا يكون الزوج الثاني غاية، لأن غاية الحرمة قبل وجودها لا يتحقق، كما لو قال:

إذا جاء رأس الشهر فوالله لا أكلم فلانا حتى أستشير فلان ثم استشاره قبل مجيء رأس الشهر لا يعتبر هذا، لأن الاستشارة غاية للحرمة الثابتة باليمين فلا تعتبر قبل اليمين، وإذا لم تعتبر كان =

وقال ابن أبي ليلى : هي على ما بقي.

### باب الحدود

قال أبو يوسف رحمه الله : وإذا أقيم الحد على البكر وجلد مائة حلدة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا أنفيه من قبل أنه بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه نهى عن ذلك وقال: كفى بالنفي فتنه<sup>(١)</sup>.

وجودها كعدمها. ولو تزوجها قبل الزوج أو قبل إصابة الزوج الثاني كانت عنده بما بقي من التطليقات، فكذلك هنا، وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالوا: إصابة الزوج الثاني بكاح صحيح يلحق المطلقة بالأجنبية في الحكم المختص بالطلاق، كما بعد التطليقات الثلاث. وبيان هذا أن بالتطليقات الثلاث تصير محرمة ومطلقة ثم بإصابة الزوج الثاني يرتفع الوصفان حيها وتلتحق بالأجنبية التي لم يتزوجها قط فبالتطليقة الواحدة تصير موصوفة بأنها مطلقة فيرتفع ذلك بإصابة الزوج الثاني.

ثم الدليل على أن الزوج الثاني رافع للحرمة لا منه أن المنهي يكون متقرا في نفسه ولا حرمة بعد إصابة الزوج الثاني، فدل أنه رافع للحرمة ولأن موجب للحل فإنه صاحب الشرع ساه محلا فقال ﷺ «لئن الله المخلل والمحلل له» وإما كان محلا لكونه موجبا للحل ومن ضرورة أنه يكون رافعا للحرمة. وهذا تبين أن جعله غاية محار، وهو نظير قوله تعالى: ﴿يَأْتِيَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ وَلَا جُنْبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّى تَغْتَسِلُوا﴾ [النساء: ٤٣] والاعتسال موجب للطهارة رافع للحدث لا أن يكون غاية للحنابة. والدليل عليه أن أحكام الطلاق تثبت متأبدة لا إلى غاية ولكن ترتفع بوجود ما يرفعها، كحكم زوال الملك لا يثبت موقتا، ولكن يرتفع بوجود ما يرفعه وهو النكاح.

وإذا ثبت أن الزوج الثاني موجب للحل فإنما يوجب حلا لا يرتفع إلا بثلاث تطليقات، وذلك غير موجود بعد التطليقة والتطليقتين فيثبت به. ولما كان رافعا للحرمة إذا اعترض بعد ثبوت الحرمة فلأن يرفعها وهو بعرض الثبوت أولى، ولأن يمنع بشبوتها إذا اقترن بأركانها أولى إلخ. قلت: وحديث ابن عباس وابن عمر رواه محمد عن الإمام عن حماد عن سعيد بن جبير عن عبد الله بن عتبة عنهما في كتاب الآثار. ثم قال: وهذا كله كان يأخذ أبو حنيفة. وأما قولنا: فهي على ما بقي من طلاقها، إذا بقي منه شيء، وهو قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب ومعاذ بن جبل وأبي بن كعب وعمران بن حصين وأبي هريرة رضي الله عنه وأحمره ابن حنبل من طريق ابن زياد عنه.

(١) رواه محمد في الآثار وعبد الرزاق في مصنفه [٣١٤/٧، ٢٣٠/٩] عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن علي رضي الله عنه، وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن ابن المسيب قال: غرّب عمر ربيعة بن أمية بن خلف في الشراب إلى خبير فلاحق بهرقل فقتل، فقال عمر: لا أعرب هذه مسلما، ذكره القاري في شرح مختصر الوقاية.

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ٤٣. ولا يجمع بين الجلد والرجم ولا بين الجلد وأنفي أما في حق الجلد فلا يجمع بين الجلد وأنفي عددا إلى أن قال وحجنا به لونه تعالى ﴿ فَأَخْلِدُوا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْكُمْ مِائَةً جَلْدَةً ﴾ فقد جعل الجلد جميع حد الرضا، فلو أوجسا معه التعريب كان الجلد حصصا بعد فيكون زيادة على النصف، وذلك يعدل النسخ. وروى أن مخدجا سفيما وجد عبي بن أمة من إماء الحبي فبجرها، فأتى به رسول الله ﷺ فقال: «اصربوه مائة» فقالوا: إن لديه لا نحمل الضرب فقال ﷺ: «خذوا عنكالا عليه مائة شراخ فاصربوه بها» ولم يأمر بالتعريب ولو كان ذلك حدا لتكلف له كما تكلف للحد، لأن عمر رضي الله عنه جلد أبا بكر رضي الله عنه في داره على الرضا وأمر امرأته أن تكتم، فلو كان التعريب متما للحد لما أمرها بالكتمان، لأن ذلك لا يتصور. وإنما هي شارب الخمر ارتد ولحق بالروم فقال: والله لا أنفي أحدا بعد هذا أبدا. فلو كان مشروعا حدا لما حلف أن لا يقيمه. قال علي رضي الله عنه: «كفى بالنفي فتنة» والحد مشروع لتسكين الفتنة فما يكون فتنة لا يكون حدا. وعن إبراهيم أن عليا وابن مسعود رضي الله عنهما اختلفا في أم ولد ربت بعد موت مولاهما، قال علي رضي الله عنه تجلد ولا تنفي وقال ابن مسعود رضي الله عنه تنفي وأخذنا بقول علي رضي الله عنه لأنه أقرب إلى دفع الفتنة والفساد.

ومعنى هذا ما ذكره في الكتاب قال: أرايت شابة زنت أكنت أنفيها؟ أي في نفيها تعريض لها لمثل ما ابتليت به، فإنها عند أبيها تكون محفوظة، ففي دار الغربة تكون خليعة العذار، والنساء لحم على وضم إلا ما ذب عنهن. وإنما تبقى المرأة محفوظة بالحفاظ والاستحياء، وذلك ينعدم بالتعريب فيكون تعريضا لها للإقدام على هذه الفاحشة برفع المانع. وهذا أولى مما قاله الخصم، لأن ما ينشأ عن الصبية والموانسة يكون مكتوما، وما ينشأ عن المواقحة يكون طاهرا، فإن في هذا قطعا لسبب ما ينشأ عن المحادثة وهو مكتوم، ففيه تعريض للرزا بطريق الوقاحة وهو أنفحش.

ثم قال: أرايت أمة زنت أكنت أنفيها فأحول بينها وبين مولاهما وبين خدمتها، وحق المولى في الخدمة مرعي وهو مقدم على الشرع؟ وإذا ثبت أن الأمة لا تنفي، فكذلك الحرة، لأن الله قال: ﴿ فَعَلَيْنَّ نَصَفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ﴾ وإذا ثبت أن نصف الحد خصون جلدة ثبت أن الكمال له مائة جلدة ثم لا يجوز أن تنفي الحرة مع المحرم، لأن المحرم لم يزن فكيف يقام عليه الحد؟ وبدون المحرم هي ممنوعة عن المسافرة شرعا، فلا يجوز إقامة الحد بطريق فيه إبطال ما هو مستحق شرعا.

وأما المهاجرة لا تقصد السفر بغير محرم وإنما تقصد التخلص من المشركين، حتى لو وصلت إلى جيش لم تنفع في دار الإسلام وأمنت لم يكن لها أن تسافر بغير محرم بعد ذلك.

فأما الحديث فقد بينا أن الجمع بين الجلد والتعريب كان في الابتداء ثم انتسخ بقرآن سورة أنور. والمراد بالتعريب الحبس على سبيل التعزير. إلى أن قال: وإن ثبت النفي على أحد فذلك بطريق المصلحة لا بطريق الحد، كما نفى رسول الله ﷺ هيت المحنت من المدينة. وفي عمر رضي الله عنه نصر بن حجاج من المدينة حين سمع قائلة تقول:

هل من سبيل إلى خير فأشرفها      أو هل سبيل إلى نصر سر حجاج

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

وكان ابن أبي ليلى يقول: ينفى سنة إلى بلد غير بلد الذي فجر به . وروى ذلك عن رسول الله ﷺ وعن أبي بكر وعلي رضي الله عنهما<sup>(١)</sup>.

قال: وإذا زنى المشركان وهما ثيان ، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: ليس على واحد منهما الرجم . وكان ابن أبي ليلى يقول: عليهما الرجم . ويروى ذلك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ «أنه رجم يهوديا ويهودية»<sup>(٢)</sup>

نفاه ، والجمال لا يوجب النفي ، ولكن فعل ذلك للمصلحة ، فإنه قال: وما ذنبى يا أمير المؤمنين ؟ قال: لا ذنب لك وإنما الذنب لي حيث لا أظهر دار الهجرة منك . وقول ابن أبي ليلى في النفي كقول الشافعي إلا أنه يقول: ينفى إلى بلد غير البلد الذي فجر فيه ، ولكن دون مسيرة سفر ، وعند الشافعي لا يكون النفي دون مسيرة سفر . وقال الحافظ علاء الدين التركماني:

قلت: ما ورد في هذا الباب من النفي عمول على أنه كان تأديبا لرفع الفساد لا حدا ، كما ينفي الإمام أهل الدعارة وكفنه عليه السلام.

وقد ذكر البيهقي في باب من قتل عبده أنه عليه السلام نفى الذي قتل عبده سنة . وروى عبد الرزاق [٣١٢/٧] عن معمر عن الزهري عن ابن المسيب أن عمر غرب ربيعة بن أمية في الخمر إلى خيبر فلحق بهرقل . فلما بلغ ذلك عمر قال: والله لا أغرب بعدها أبدا .

وروى أيضا عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: قال عبد الله في البكر يزني بالبكر: يجلدان مائة وينفيان سنة . قال: وقال علي: حسبهما من الفتنة أن ينفيا . ولما لم يكن في حد القذف والخمر تغريب دل على أنه تأديب له لدعارته.

(١) روى الترمذي [٤٤/٤] عن عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ ضرب وعرب ، وأن أبا بكر ضرب وغرب ، وأن عمر ضرب وغرب ، وحديث النفي رواه أبو هريرة وعبادة بن الصامت رواه البخاري وغيره من أصحاب الصحاح والسنن . وأخرج البيهقي من طريق هشيم عن الشيباني عن الشعبي أن عليا رضي الله عنه جلد ونفى من البصرة إلى الكوفة ، أو قال من الكوفة إلى البصرة . وروى البيهقي عن أبي بكر وعمر أيضا ، وروى البخاري أن عمر كان ينفي من المدينة إلى البصرة أو إلى خيبر .

(٢) ورواه البخاري أيضا من طريق مالك عن نافع ، ومن طريق عبد الله بن دينار عن ابن عمر . وأخرجه مسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه كلهم عن مالك عن نافع عن ابن عمر ، ومسلم أيضا من طريق عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر .

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ٣٩: فأما الإسلام شرط في قول علمائنا ، وعن أبي يوسف أنه ليس بشرط ، وهو قول الشافعي، لحديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ رجم يهوديين ربا، وورد في بعض الروايات: وقد أحصنا. والمعنى فيه أن هذه عقوبة يعتقد الكافر حرمة سبها بقاء عليه ، كما يقام على المسلم كالجلد والقطع والقتل في القصاص، بخلاف حد الشرب فإنه لا يعتقد حرمة سبه. إلى أن قال: وحننا قوله عليه الصلاة والسلام: «من أشرك بالله فليس بمحصن» قلت : أخرج إسحاق بن راهويه والدارقطني والبيهقي من طريق نافع عن ابن عمر معناه ليس بكامل الحال فإن المحصن من هو كامل الحال، والرجم لا يقام إلا على من هو كامل الحال. والاعتماد في المسألة على الاستدلال بالثبوت ، فإن الثبوت بالنكاح الصحيح شرط لايجاب الرجم، ومعلوم أن المقصود انكسار شهوته بإصابة الحلال وهذا المقصود يتم بالإصابة بملك اليمين كما يتم بالنكاح ، ثم شرط أن يكون بالنكاح فما كان ذلك إلا لاعتبار معنى النعمة. وتبين بهذا أن ما يشترط لإقامة الرجم يشترط بطريق هو نعمة، وكذلك اعتقاد الحرمة يشترط بطريق هو نعمة، وذلك بالإسلام بل أولى، لأن أصل النعمة في الوطء بملك اليمين موجود إما بعدم نهايتها ، وأصل النعمة منعدم هنا فيما يعتقد الكافر، وتأثيره أن الجريمة كما تتعلق باجتماع الموانع تتعلق باجتماع النعم، ولهذا هدد الله تعالى نساء رسول الله ﷺ بصعف ما هدد به غيره بقوله تعالى: ﴿يُضَعَّفَ لَهَا الْاَعْدَاءُ ضِعْفَيْنِ﴾ [الأحزاب: ٣٠] لزيادة النعمة عليهن. وعوتب الأنبياء على الزلات بما لم يؤاخذ به غيرهم لزيادة النعمة عليهم. والحر يقام عليه الحد الكامل ولا يقام على الحد لزيادة نعمة الحرية في حق الحر، فبدن العبد أكثر احتمالا للحد من بدن الحر، فعرفنا أن بزيادة النعمة يرداد تغليظ الجريمة لما في ارتكاب الفاحشة من كفران النعمة. إلى أن قال: فأما الحديث فإنما رجمها رسول الله ﷺ بحكم التوراة، ألا ترى أنه دعا بالتوراة وبأس صوريا الأعور وناشده بالله حتى اعترف بأن حكم الربا في كتابهم الرجم فرجمها ، وقال : «أنا أحق من أحيا سنة أماتوها» وإحياء سنة أميتت إنما يكون بالعمل بها. فدل أنه إنما رجمها بحكم التوراة ، ولم يكن سنة أميتت إنما يكون بالعمل بها. فدل أنه إنما رجمها بحكم التوراة، ولم يكن سنة لإحصان شرطا في الرجم بحكم التوراة. وقوله: وقد أحصنا شاذ، ولو ثبت فمراده الإحصان من حيث الحرية ، كما في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يَلْحَقُوا بِهِم مِّنَ الْيَهُودِ الَّذِينَ أَتَوْا أَوْتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥] قلت: وروى البيهقي من طريق سعيد بن منصور عن عيسى بن يونس عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم العسائي عن علي بن أبي طحفة عن كعب بن مالك أنه أراد أن يتزوج يهودية أو نصرانية فسأل رسول الله ﷺ وسلم منها عنها وقال: إنها لا تحصنك. وروى أبو يوسف في الخراج عن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه كان لا يرى مشركة محصنة. وروى عن معيرة عن إبراهيم والشعبي في الحر يتزوج النبطية والنصرانية

قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة لا تقام الحدود في المساجد<sup>(١)</sup>.  
وروي ذلك عن رسول الله ﷺ<sup>(٢)</sup>.  
وبه نأخذ<sup>(٣)</sup>. كان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: نقيم الحدود في المساجد، وقد فعل ذلك.

- ثم يفجر قالاً: بجلد ولا يرمم . وروى عن أبي حنيفة الإمام عن حماد عن إبراهيم قال: لا يحصن الرجل يهودية ولا نصرانية ولا بأمته.
- (١) قلت: وكرر هذه المسألة ، وقد ذكرها قبل ذلك ومر شرحها وفرغنا من تحقيقها إلا أن السرحسي ذكرها في ص ٨٣ ج ٩ في ضمن المسألة ولا يحلو ذكرها عن زيادة فائدة . قال: وهو أي القاضي ممنوع من إقامة الحد فيها «أي في المساجد» لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «لا تقام الحدود في المساجد» ولحديث حكيم بن حزام رضي الله في حديث فيه طول فلا يقام فيها حد، ولأن تلويث المسجد حرام، وإليه أشار ﷺ في قوله: «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانيتكم» وإقامة الحد في المسجد ربما يؤدي إلى التلويث.
- (٢) قلت: لم أجد من أخرج هذا الحديث من أصحاب مسانيد الإمام وأخرج ابن ماجه من طريق عمر بن دينار عن طائوس عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «لا تقام الحدود في المساجد» وروي من طريق ابن طيبة عن محمد بن عجلان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ نهى عن جلد الحد في المساجد. وروى أبو يوسف في كتاب الخراج عن أشعث عن فضيل بن عمرو الفقيمي عن معقل قال: جاء رجل إلى علي رضي الله عنه فساره فقال: يا قنبر أخرج من المسجد ، وأقم عليه الحد قال: وحدثنا ليث عن مجاهد قال: كانوا يكرهون أن يقيموا الحدود في المساجد. وروى البيهقي من طريق محمد بن عبد الله بن المهاجر عن زفر بن وثبة عن حكيم بن حزام قال: نهى رسول الله ﷺ أن يستقاد في المساجد وأن ينشد فيها الأشعار أو تقام فيها الحدود (وذكرناه قبل ذلك).
- (٣) قلت : وهو قول الإمام محمد أيضا ليس بين أصحابنا في هذا اختلاف قال الإمام أبو يوسف في الخراج : ولا ينبغي أن تقام الحدود في المساجد ولا في أرض العدو إلخ.

• رواه الترمذي (١٩/٤). والدارمي (٢٥٠/٢)، والبيهقي (٣٩/٨)، والدارقطني (٨٦/٣)، واسماجه (٨٦٧/٢)، وانظر: الدراية (٢٦٥/٢)، ونصب الراية (٣٤٠/٤)، وحلاصة الدر المنير (٣٢٢/٢).

قال أبو يوسف رحمه الله : وإذا وطئ الرجل جارية أمه فقال: ظلمت أمي فعل لي، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يدرك عنه الحد<sup>(١)</sup> فإذا أقر بذلك في مقام واحد أربع مرات لم يحد وعليه المهر<sup>(٢)</sup>. وبه نأخذ<sup>(٣)</sup> وقال ابن أبي ليلى وأنا أسمع: أقر عندي رجل أمه وهي

(١) وفي كتاب الخراج ص ٢١١ طبع السلفية: قال أبو يوسف : ومن رفع إليك وقد تزوج امرأة في عدتها فلا حد عليه لما جاء في ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما، فإيهما لم يربا في ذلك حد ولكنه يفرق بينه وبينها ، وكذلك من رفع إليك وقد فجر مائة له فيها شقص فلا حد عليه . وكذلك الذي يطأ مكاتبته ، وكذلك الذي يطأ جارية امرأته أو جارية أبيه أو جارية أمه إذا قال: لم أعلم أنهم يحرم علي ، فإن قال : قد علمت أن ذلك حرام علي ، أقم عليه الحد . ولا حد على من وطئ جارية ابنه أو ابن ابنه وإن قال: قد علمت أنها حرام علي ، لما جاء في ذلك عن رسول الله ﷺ : «أت ومالك لأبيك» \* فأما من وطئ جارية أخيه أو أخته أو جارية ذي رحم محرم منه سوى ما سميت فعليه الحد . قال: حدثنا إسماعيل بن أبي خالد عن عمير بن ميمر قال: سئل ابن عمر رضي الله عنهما عن جارية كانت بين رجلين فوقع عليها أحدهما قال: ليس عليه حد . قال: وحدثنا المعبرة عن الهيثم بن بدر عن حرقوص عن علي رضي الله عنه أن رجلا وقع على جارية امرأته فمراعه الحد . قال: وحدثنا إسماعيل عن الشعبي قال: جاء رجل إلى عبد الله فقال: إني وقعت على جارية امرأتي ، فقال: اتق الله ولا تعد . قال: وحدثنا أشعث عن الحسن في الرجل يقع على جارية أمه قال: ليس عليه حد وجارية الحد والجلدة مثل جارية الأم والأب .

(٢) والمراد من المهر العقر ، لأن الحد إذا ثبت دفع عنه المهر ، وإذا درئ الحد عنه وجب عليه العقر قال في ص ٩٧ ج ٩ من المبسوط في ضمن مسألة وطء جارية ابن الابن : ولا شيء عني الحد من قيمة الأمة ، لأنه لم يملكها ، وعليه العقر لأن الوطء قد ثبت بإقراره وسقط الحد للشبهة الحكيمة إلخ .

(٣) وبه قال الإمام محمد أيضاً - أفاده السرخسي بقوله: عندنا . والذي روي أنها قالت : «أتريد أن ترددني كما رددت ماعرا؟» لا يكاد يصح ، لأن تردد ماعز كان حكما شرعيا فلا يظن بها أنها جاءت لطلب التطهير ثم تعترض فيما هو حكم شرعي ، واعتبار هذا الحق بسائر الحقوق باطل ، فقد ظهر فيها من التغليب ما لم يظهر في سائر الأشياء . إلخ والتفصيل فيه . وفي كتاب الخراج ص ١٩٤ قال: ومن أتى الإمام فأقر عنده بالزنا فلا ينعي له أن يقبل منه قوله حتى يردده ، فإذا أتاه فأقر عنده أربع مرات كل مرة يردده فيها ولا يقبل منه -

• رواه ابن ماجه (٢/٧٦٩)، وابن حبان (٢/١٤٢)، وانظر : الدراية (٢/١٠٢)، وتخريجها له مطولا في «بر الوالدين» للطرطوشي - بتحقيقنا - ط - العلمية بيروت .

## اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

جارية أمه فقال له: أوطئتها؟ قال: نعم. فقال له: أوطئتها؟ قال: نعم. فقال له: أوطئتها؟ قال: نعم. «قال له الرابعة: وطئتها؟ قال: نعم. قال ابن أبي ليلى: فأمرت به فجلد الحد»<sup>(١)</sup>.

سأل عنه هل به لم؟ هل به جنون؟ هل في عقله شيء ينكر؟ فإذا لم يكن به شيء من ذلك فقد وجب عليه الحد. فإن كان محصناً فالرجم. والذي يبدأ بالرجم في الإقرار الإمام، ثم الناس. وإن كان بكراً أمر بجلده مائة جلدة. هكذا بلغنا أن رسول الله ﷺ فعل بما عاز بن مالك حين أتاه فاعترف عنده بالزنا، حدثنا محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء ماعز بن مالك إلى النبي ﷺ فقال: إني زنيت، فأعرض عنه حتى أتاه أربع مرات: فأمر به فرجم، فلما أصابته الحجارة أدير يشتد قلبه رجل بيده لحي جمل فضربه به فصصره، فذكر للنبي ﷺ فراره حين مسته الحجارة، فقال: «هلا تركموه». وقد بلغنا أن النبي ﷺ سأل عن عقل ماعز بن مالك فقال: «هل تعلمون بعقله بأساً؟ هل تكرون منه شيئاً؟» فقالوا: لا نعلمه إلا وفي العقل من صلاحاتنا فيما نرى.

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ٩١: وابن أبي ليلى رحمه الله اعتبر الإقرار بالشهادة بعلّة أنه أحد حجتي الزنا، ثم في الشهادة المعتبر عدد الأربعة دون اختلاف المجالس، فكذلك في الإقرار. وقال في ص ٩٢: وابن أبي ليلى يستدل بهذا الحديث أيضاً (أي حديث إقرار ماعز) ويقول: المذكور عدد الأقاير دون اختلاف المجالس. ولكننا نقول: قد وجد اختلاف مجالس المقر على ما روي أن رسول الله ﷺ طرده في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة ثم رجع، وفي رواية قال: اذهب وبلك فاستغفر الله، فذهب حتى غاب عن بصر رسول الله ﷺ ثم رجع، فالمعتبر اختلاف مجالس المقر دون القاضي، حتى إذا غاب عن بصر القاضي في كل مرة يكفي هذا لاختلاف المجالس. والذي روي أنه أقر خمس مرات فإنما يجعل ذلك على إقرارين كانا منه في مجلس واحد فكانا كإقرار واحد. وروي أن أباً بكر رضي الله عنه قال له: أقررت ثلاث مرات إن أقررت الرابعة رجمك رسول الله ﷺ. وفي رواية قال: إياك والرابعة فإنها موجبة. وعن بريد الأسلمي قال: كنا أصحاب رسول الله ﷺ نتحدث أن ماعزاً لو جلس في بيته بعد ما أقر ثلاث ما بعث رسول الله ﷺ إليه من يرحمه، فدل على أن اشتراط عدد الأقاير كان معروفاً بينهم. المراد من قوله: «فإن اعترفت فارجمها» الاعتراف المعروف في الزنا، وهو أربع مرات. والصحيح من حديث العامدية أنها أقرت أربع مرات. هكذا ذكر الطحاوي رحمه الله، إلا أن الأقاير منها كانت في أوقات مختلفة قبل الوضع، وبعد الوضع، وبعد ما طهرت من نفاسها، وبعد ما فطمت ولدها، ولهذا لم تنفق

وأمرت الجلواز<sup>(١)</sup> فأخذه بيده فأخرجه من باب الجسر نفيًا. فقال أبو حنيفة: ليس ينبغي للحاكم أن يقول له: أفعلت؟ ولا نوجب عليه الحد بإقرار أربع مرات في مقام واحد. ولو قال: وطئت جارية أمي في أربعة مواطن لم يكن عليه حد، لأن الوطء قد يكون حلالًا وحرامًا فلم يقر هذا بالزنا<sup>(٢)</sup>، والله أعلم.

الرواية على نقل الأقاير الأربعة في حديثها.

(١) في المغرب: الجلواز عند الفقهاء: أمين القاضي، أو الذي يسمى صاحب المجلس. وفي اللغة: الشرطي، والجمع جلاويز وجلاوزة.

(٢) وفي الميسوط ج ٩ ص ٩٦: وحكي عن ابن أبي ليلى أنه أقر عنده رجل أنه وطئ جارية أمه فقال له: أوطئتها؟ قال: نعم حتى قال أربع مرات فأمر بضربه الحد. وسخطاه أبو حنيفة رحمه الله تعالى في هذا القضاء من أوجه: أحدها أن بإقراره بلفظ الوطء لا يلزمه الحد ما لم يقر بصريح الزنا، والثاني وهو أن القاضي ليس له أن يطلب الإقرار في هذا الباب بقوله: أفعلت؟ بل هو مندوب إلى تلقين الرجوع، والثالث أنه لم يسأله عن علمه بحرمتها وينبغي له أن يسأله عن ذلك وليس له أن يقيم الحد ما لم يعلم علمه بحرمة ذلك الفعل.

وقع الفراغ بحمد الله عز وجل من التعليق بحوله وقوته، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. وكان ذلك وقت العصر يوم الاثنين السابع عشر من ذي القعدة الحرام من شهر سنة ١٣٥٧. وصلى الله على خير خلقه سيدنا ومولانا محمد النبي الكريم، وعلى آله وصحبه أجمعين، وسلم تسليماً كثيراً والحمد لله رب العالمين.

## فهرس المحتويات

٣٨٥	-----	المقدمة
٣٩١	-----	باب الغصب
٣٩٤	-----	باب الاختلاف في العيب
٣٩٧	-----	باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها
٤٠٣	-----	باب المضاربة
٤٠٦	-----	باب السلم
٤٠٧	-----	باب الشفعة
٤١٢	-----	باب المزارعة
٤١٤	-----	باب الدعوى والصلح
٤١٦	-----	باب الصدقة والهبة
٤٢٠	-----	باب في الوديعة
٤٢٢	-----	باب في الرهن
٤٢٣	-----	باب الحوالة والكفالة في الدين
٤٢٨	-----	باب في الدين
٤٤٠	-----	باب في الأيمان
٤٤٢	-----	باب الوصايا

٤٤٣	باب الموارث
٤٤٨	باب في الأوصياء
٤٥٠	باب في الشركة والعنق وغيره
٤٥٣	باب في المكاتب
٤٥٤	باب في العنق
٤٥٧	باب في العارية وأكل الغلة
٤٥٨	باب في الأجير والإجارة
٤٦٠	باب القسمة
٤٦٠	باب الصلاة
٤٦٤	باب صلاة الخوف
٤٦٩	باب الزكاة
٤٧٦	باب الصيام
٤٧٩	باب في الحج
٤٨٣	باب الديات
٤٨٩	باب السرقة
٤٩٣	باب القضاء
٤٩٦	باب القرية
٥٠٠	باب النكاح
٥١١	باب الطلاق
٥٣٢	باب الحدود
٥٤٠	فهرس المحتويات